Die Rechtswirkungen

des

konkurrierenden Verschuldens

des Beschädigten

nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

ACAD. LIBRARY BIBL.

vorgelegt von

August Eick
Referendar zu Dortmund

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0112

Meinen Eltern.

Inhaltsangabe.

Einleitung 1

I. Der § 254 des BGB.

§ 1 Geltungsumfang des § 254 5

§ 2 Das kausale Moment in § 254

Die Lehre von der Kausalität . . . 10

Die Mitwirkung des Beschädigten . . 20

Die Kausalität der Unterlassung, Mitwirkung des Beschädigten durch Unterlassung 22

Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1 . . 28

Die Entstehung des Schadens . . . 40

§ 3 Das Verschulden.

Verschulden gegen Andere und „eigenes Verschulden“ 41

Die subjektive Beziehung des Beschädigten zum Erfolge 48

Notstand, Zwangslage des Beschädigten, ein Ausschliessungsgrund der Schuld 59

§ 4 Die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten . . . 65

§ 5 Der Abs. 2 des § 254 80

§ 6 Die Haftung des Beschädigten für das Verschulden Dritter 91
§ 7 Einrede oder Einwendung aus § 254? 103
§ 8 Die Beweislast 105
II. § 9 Die besonderen Bestimmungen des BGB. über konkurrierendes Verschulden 107
§ 10 § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom vom 7. Juni 1871 110
III. § 11 Sachliche, zeitliche und örtliche Beschränkung 113

Litteratur.

1. v. Bar, Zur Lehre von der Kulpa und dem Kausalzusammenhange im Straf- und Civilrecht. (Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. IV, S. 21).
2. Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. (Gerichtssaal, Bd. 37 S. 257)
3. v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873.
4. v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. (Beilageheft z. Bd. 37 Gerichtssaal).
5. Cohn, Untersuchungen zu § 254 (i. d. Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausg. v. Rassow, Küntzel, Eccius, 6. Folge, 3. Jahrg. 1. 2. 3. Heft, der ganzen Reihe 43. Jahrg.)
6. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürg. Rechts, 2. Aufl. (Jena 1899).
7. Croissant, Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit. (Strassburg 1893).
8. Demelius, Über Kompensation der Kulpa (Jherings Jahrb. V, S. 52).

9. Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. (Berlin 1900).
10. Dernburg, Das bürg. Recht des deutschen Reichs und Preussens.
11. Deutsche Juristenzeitung, begr. v. Laband, Stenglein und Staub.
12. Eger, Das Reichshaftpflichtgesetz (Hannover 1900).
13. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts (Berlin 1902).
14. Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. (Berlin 1893).
15. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1—53.
16. Enneccerus-Lehmann, Bürg. Recht (Marburg 1900.)
17. Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden (Berlin 1902).
18. Goldmann-Lilienthal, Lehrb. des bürg. Rechts (Berlin 1901).
19. Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem bürg. Gesetzbuch (Berlin 1903).
20. Hass, Über die Verwertbarkeit des Gegensatzes von adaequatem und inadaequatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse. (Jherings Jahrb. II. Folge, Bd. 1).
21. Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. (München 1892).
2. Jura vigilantibus scripta sunt, Aufsatz in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, X. Jahrg. Nr. 12.

23. Kaufmann, Institutionen des BGB. (Bonn 1901).
24. Kuhlenbeck, D. bürg. Gesetzbuch (Berlin 1899).
25. v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben. (Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. 12).
26. Labowsky, Eigenes Verschulden beiSchadensersatzansprüchen (Berlin 1899).
27. Leske, Vergleichende Darstellung des bürg. Gesetzbuchs und des allg. Landrechts (Berlin 1899).
28. v. Leyden, Die sogenannte Kulpakompensation nach dem bürg. Gesetzbuch (Berlin 1902).
29. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem bürg. Gesetzbuch (Berlin 1898).
30. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürg. Gesetzbuchs (Berlin 1898).
31. v. Liszt, Lehrbuch des deutsch. Strafrechts, 10. Aufl. (Berlin 1900).
32. Matthiass, Lehrbuch des bürg. Rechts I. Bd., 2. Aufl. (Berlin 1899).
33. Meisner, Das bürg. Gesetzbuch (Breslau 1898).
34. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. II, zur Lehre vom Interesse.
35. Motive zum Entwurfe eines bürg. Gesetzbuchs für das deutsche Reich.
36. Neumann, Handausgabe des BGB. für das deutsche Reich, 2. Aufl. (Berlin 1900).
37. Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1. Jahrg., 2. u. 3. Lieferung.
38. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1899).

39. Pernice, Marcus Antistius Labeo.
40. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Recht.
41. Philler, Vorlesungen über das BGB. (Leipzig 1899).
42. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch (Berlin 1901).
43. Protokolle z. BGB., 2. Lesung.
44. Rehbein, Kommentar zum BGB. (Berlin 1902).
45. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausg. v. Mugdan und Falkmann.
46. Rospatt, Ein Beitrag zur Lehre vom konkurrierenden Verschulden in „das Recht", VI. Jahrg. Nr. 4, S. 96.
47. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Civilrecht (Tübingen 1900).
48. Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1898.
49. Schmidt, Die sogenannte Kulpakompensation nach dem BGB. (Jen. Dissertation 1902).
50. Soergel, Rechtsprechung 1900/1901 zum BGB. etc. 1. u. 2. Jahrg.
51. Schollmeyer, Kommentar zum bürg. Gesetzbuch (München 1900).
52. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1897).
53. Staudinger, Kommentar zum BGB. (München 1900).
54. Spruchsammlung der deutsch. Juristenzeitung für die Jahre 1900—1902, bearbeitet v. Amtsgerichtsrat Hoffmann.
55. Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, 5. Aufl. (Berlin 1902).

56. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürg. Recht (Leipzig 1900).
57. Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen 1. Jahrg. (Leipzig 1903).
58. Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürg. Recht. (Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 92 Tübingen, Leipzig 1901).
59. Wendt, Eigenes Verschulden in Jherings Jahrbüchern Bd. 31.
60. Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 87, S. 422 ff.
61. v. Weinrich, die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen, 2. Aufl. (Berlin 1902.)
62. Zitelmann, das Recht des bürg. Gesetzbuchs (Leipzig 1000).

Einleitung.

Rechtsgrund der sog. Kulpakompensation.

Treffen uns Nachteile, so erlangen wir gegen Andere einen Anspruch auf Restitution, wenn ein Tatbestand vorliegt, an den das Gesetz die Ersatzpflicht eines Dritten knüpft.

Es kann der Fall eintreten, dass die — hier nicht näher zu erörternden — Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht eines Dritten gegeben sind, dass aber auch der Beschädigte selbst zu dem ihm nachteiligen Erfolge in Beziehung steht, vor allem, dass er schuldhaft den Schaden mitherbeigeführt hat. Welcher Art die Rechtswirkungen dieses Verhaltens des Beschädigten selbst waren, bildete den Gegenstand der gemeinrechtlichen Lehre von der Culpakompensation. In der Litteratur wurde vorwiegend die Ansicht vertreten, dass, wenn auch dem Beschädigten ein Verschulden zur Last falle, diese Schuld sich gegen die des Schädigers aufhebe; denn: „paria delicta mutua pensatione dissolvuntur“ (l. 39 D. 24, 3) und „quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum sentire“. (l. 203 S. 50, 17).

Zu unbestrittenen Ergebnissen ist man jedoch in der gemeinrechtlichen Litteratur nicht gelangt; es ist bestritten geblieben, unter welchen Voraussetzungen eine Culpakompensation eintritt, welcher Art die Rechtswirkungen der konkurrierenden culpa des Beschädigten sind. Auch nach der jüngsten Regelung, die diese Lehre im BGB. erfahren hat, ist des Streitens noch kein Ende; streitig ist vor allem die Frage: Aus welchem Rechtsgrunde hat das mitwirkende Verschulden des Beschädigten Rechtswirkungen zur Folge? Hier trennt sich die Rechtswissenschaft in zwei feindliche Lager, das der strengen Logiker, wenn wir sie so nennen dürfen, und ihrer Gegner. Die Ersteren[1] sagen: Bei konkurrierendem Verschulden des Beschädigten kann der Schädiger nicht mehr haftbar gemacht werden, und zwar weil eine wesentliche Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht eines Andern fehlt, nämlich nach den Einen: Die Schuld (der Kompensationsgedanke), nach Demelius: Die Rechtswidrigkeit (volenti non fit iniuria), nach Anderen: Der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Dritten und dem Erfolge; er wird durch die Handlung des Beschädigten „unterbrochen".

Der Wegfall der Ersatzpflicht des Schädigers ist hiernach eine logische Folge.

Eine Widerlegung dieser Ansichten ist an dieser Stelle noch nicht geboten.

Als Rechtsgrund der sogenannten Culpakompensation erkennen wir die Billigkeit. Mit Recht sagt

1) Demelius, Jherings Jahrb. V S. 52; Pernice, Sachbeschädigungen S. 58; Mommsen, die Lehre vom Interesse S. 157.

Wendt:[1] „Nicht das formelle Recht, sondern eine Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit macht sich hierbei geltend. Von andern Personen Ersatz für einen Schaden zu begehren, an dessen Eintritt den Verletzten selbst eine Schuld trifft, kann für rechtlich zulässig und billigenswert nicht gelten". § 254 des BGB. ist daher auch nur als Ausfluss des in § 252 ausgesprochenen allgemeinen Prinzips anzusehen: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es gebieten". Er ist nicht verpflichtet, einem Verlangen des Gläubigers zu entsprechen, das gegen Treu und Glauben verstösst. Das wird von Schollmeyer[2] mit Recht aus § 242 gefolgert.

Die Inanspruchnahme eines Dritten durch den Beschädigten, der selbst schuldhaft die Verletzung seines Rechtsguts mitherbeigeführt hat, verstösst wider Treu und Glauben; denn er macht dem Gegner doch nur das zum Vorwurf, was auch ihm selbst zur Last fällt: Nichtachtung seines Rechtsguts. Es würde das Rechtsgefühl jedes gerecht und billig Denkenden verletzen, würde der Anspruch eines solchen Klägers, der sein eigenes Verschulden geflissentlich übersieht, während er den Andern wegen desselben Vergehens anklagt, als begründet anerkannt werden. Es ist lediglich eine Forderung der Billigkeit, einem solchen Verletzten die Restitution zu verweigern.

---

1) Wendt, eigenes Verschulden. Jherings Jahrb. Bd. 31, S. 137 ff. (S. 143).

2) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse S. 45.

Die fofgende Untersuchung wird hauptsächlich die Bestimmungen des § 254 zum Gegenstande haben. Derselbe lautet: Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte, noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

I.

§ 254 des BGB.

§ 1.

Geltungsumfang.

§ 254 findet nur auf Schadensersatzansprüche Anwendung. „Schaden ist jeder Nachteil, den wir an unserm Vermögen oder andern Gütern erleiden". (Matthias s.[1]) Diese Begriffsbestimmung bedarf aber noch einer Einschränkung: Schaden ist der Nachteil, welcher uns rechtswidrig oder doch gegen unseren Willen trifft.[2] Nur wenn die Beseitigung solcher Nachteile begehrt wird, kann aus dem Verhalten des Klägers ein Einwand gegen seine Forderung hergeleitet werden. Die Unterscheidung ist in den meisten Fällen von keiner Bedeutung; denn Dritte sind zur Beseitigung von Nachteilen, die uns mit unserm Willen treffen, nicht verpflichtet, da nur ein rechtswidriges Verhalten eines Dritten diesen zum Ersatze verpflichtet. Praktisch bedeutsam wird die Unterscheidung jedoch bei der Abgrenzung der Schadensersatzschuld von der Aufwendungsersatzschuld.

1) Matthias, Lehrbuch I S. 311.

2) Cosack, Lehrbuch I S. 315 vgl. Dernburg, Pand. II s. 122

Schadensersatz- und Aufwendungsersatzschuld.

Aufwendungen, die man für Andere macht, sind zweifellos Nachteile; denn das Vermögen wird durch sie verringert. Diese Vermögensminderung führt der Inhaber aber selbst herbei, er will diesen Nachteil erleiden, um irgend einen andern Zweck zu erreichen, sei es auch nur, um eine grössere Vermögenseinbusse zu verhindern. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen dieser Schuld und der Schadensersatzschuld und stellt den Regeln über Schadensersatz, §§ 249 bis 255, in § 256 die Bestimmungen über den Ersatz von Aufwendungen gegenüber. Es ergiebt sich hieraus, dass § 254 auf den Ersatz von Aufwendungen keine Anwendung findet, z. B. auf den Fall des § 304.

Andererseits zwingt die Logik zu der Folgerung, dass die §§ 249 ff. stets Anwendung finden, wenn Schadensersatz verlangt wird,[2] d. h. der Ersatz von Nachteilen, die wider den Willen des Betroffenen eingetreten sind. Cohn[1] ist anderer Meinung. Er weist dem Schadensersatz, der den Preis dafür bilde, dass das Gesetz eine bestimmte Handlung zulasse, eine Ausnahmestellung zu: Der Zusammenhang des § 254 mit den vorhergehenden Bestimmungen ergebe, dass in § 254 nur der als Folge einer Rechtsverletzung eintretende Schaden gemeint sei.

Den Zusammenhang leugnen wir nicht, aber um

1) Cohn, Untersuchungen zu § 254 S. 109.

2) Vgl. RG. Bd. 51 S. 275: die Grundsätze des § 254 kommen überall, wo jemand aus irgend einem Grunde zum Schadensersatz verpflichtet ist, zur Anwendung, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen. (Jur Wochschr. 1902 Beil. 234).

eben dieses Zusammenhangs willen, halten wir Cohns Ansicht für unrichtig. § 249 beginnt: Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist . . . . . Demnach sollen die folgenden Bestimmungen Anwendung finden, wenn ein Anspruch auf Ersatz von Nachteilen geltend gemacht wird und er sich gründet auf Tatsachen, an die das Gesetz eine „Schadensersatzpflicht" eines Dritten knüpft. Cohns Ansicht ist im Gesetze nicht begründet. Es ist daher auch nicht unsere Sache, willkürlich Unterscheidungen in das Gesetz hineinzutragen. Wir sagen „willkürlich", denn Cohns Ansicht ist auch sachlich in keiner Weise begründet, was folgendes Beispiel zeigen möge: Der Eigentümer eines Ziergartens lockt den Hund des Nachbarn in seinen Garten; der Hund verbirgt sich in einem kostbaren Orchideenbeete. Der Nachbar verlangt gemäss § 867 Gestattung der Aufsuchung des Hundes und beschädigt das Orchideenbeet, als er den Hund aus dem Beet hervorholt. Es würde doch sehr unbillig sein, wollte man dem Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegenüber den Einwand des Nachbarn aus § 254 für unzulässig erklären. [1]

Durch seine Stellung im allgemeinen Teil des Obligationenrechts ist der Geltungsumfang des § 254

---

1) Cohns Ansicht ist auch aus dem Grunde unhaltbar, weil folgende Frage nach seiner Theorie überhaupt nicht zu beantworten wäre: Wenn dieser Ersatzanspruch nicht den Bestimmungen der §§ 249 ff. untersteht, nach welchen Regeln soll er dann zu beurteilen sein? Cohn würde vermutlich die Analogie zu Rate ziehen und die §§ 249 ff. analog anwenden. Es würde aber dann an einem hinreichenden Grunde fehlen, diese Analogie auf § 254 nicht auszudehnen.

Wie hier Gottschalk, d. mitwirkende Verschulden S. 108.

auf dieses beschränkt: nur obligatorische Ansprüche unterstehen seiner Herrschaft. Die Beseitigung von Nachteilen, Beseitigung eines ungünstigen, dem Rechtsinhaber nachteiligen Zustandes, kann aber auch Gegenstand dinglicher Ansprüche sein und es fragt sich, ob § 254 auf solche Anwendung finden kann.

Beispiel: Der Nachbar des Grundeigentümers A. hat durch unvorsichtiges Ausschachten an der Grenze den Einsturz einer Erdwand herbeigeführt. Diese ist auf A.'s Grundstück und zwar in dessen Sandgrube gestürzt. A. klagt gegen den Nachbarn aus seinem Eigentum und verlangt nach § 1004 Beseitigung der Beeinträchtigung. A. hat aber den Einsturz schuldhaft mitverursacht, da er den Sandbau ebenfalls in unvorsichtiger Weise betrieben hat, nämlich ohne das umgebende Erdreich zu stützen. Der Nachbar erhebt den Einwand aus § 254.

Der Anspruch aus § 1004 ist dinglicher Natur, er strebt die Herstellung des dem Eigentumsrechte entsprechenden Zustandes an. Er ist kein Schadensersatzanspruch, sondern verwandelt sich in einen solchen erst, wenn die Herstellung nicht möglich ist, oder zur Beseitigung nicht ausreicht und im übrigen die Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht bestehen. [1]

Auf den Herstellungsanspruch können daher die Bestimmungen über den Schadensersatz nicht Anwen-

---

1) Vgl. Ebbeke, Grundsätze S. 52 ff., (bei Neumann, Jahrbuch § 249, 1) S. 156.

dung finden; denn diese beziehen sich auf etwas begrifflich Verschiedenes.[1]

Nur wenn mehr als die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangt wird, qualifiziert sich der Anspruch auch als Schadensersatzanspruch; hinsichtlich dieses Plus findet § 254 mithin Anwendung.

Es ergibt sich aus dieser Betrachtung, dass auf einen Anspruch auf Wiederherstellung eines früheren Zustandes, der Ausfluss eines dinglichen Rechtes ist, § 254 keine Anwendung findet, da der rechtliche Charakter jenes Anspruchs als eines dinglichen sich nicht verändert, auch wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gegeben sind.

§ 2.

Das kausale Moment in § 254.

Das kausale Moment tritt in § 254 in zwiefacher Weise hervor:

1. Mitwirkung des Beschädigten bei Entstehung des Schadens ist eine Voraussetzung des Eintritts der Rechtswirkungen des § 254, unzweifelhaft wenigstens für die Fälle des Abs. 1.

2. Bei der Verteilung der Schadensersatzlast soll die Entscheidung insbesondere davon abhängig sein, inwieweit der Schaden von dem einen oder andern Teil vorwiegend verursacht ist.

Den speziellen Erörterungen schicken wir im

1) Vgl. Urteil des OLG. Colmar (mitget. i. d. Recht, 1902 S. 179) der negatorische Anspruch dient nicht dem Zweck einer Schadensersatzleistung, § 251 ist auf denselben überhaupt nicht anwendbar. (also auch nicht § 254).

folgenden eine allgemeine Darstellung der Lehre von der Causalität voraus. Die Frage, die zu lösen ist, lautet: Wann kann eine menschliche Handlung die Ursache eines Erfolges genannt werden? Zur Beantwortung der Frage müssen wir zunächst weiter ausholen.

Die Lehre von der Kausalität.

Jede Veränderung in der Aussenwelt ist bedingt durch viele Umstände. Fragen wir: weshalb ist diese Veränderung hervorgetreten? so kann die Antwort nur lauten: weil alle diese Umstände vorhanden gewesen sind. Ursache in diesem Sinne ist also die Gesamtheit der Bedingungen. Jeder Erfolg gründet sich auf einen Bedingungskomplex, es ist ausgeschlossen, dass irgend ein Erfolg nur von einem Umstande bedingt sein könnte. Die menschliche Handlung kann daher niemals Ursache in diesem philosophischen Sinne, sondern nur Bestandteil des Bedingungskomplexes sein. v. Buri[1] hat trotzdem nachzuweisen gesucht, dass die menschliche Handlung die Ursache eines Erfolges sein könne, und zwar Ursache in diesem Sinne, wenn sie eine condicio sine qua non des Erfolges sei. Nach seiner Ansicht ist jede einzelne Bedingung gleich der Gesamtursache, der Gesamtwirksamkeit aller Bedingungen. Er geht davon aus, dass jede Bedingung in kausaler Hinsicht jeder anderen gleichwertig sei; denn ohne die Bedingung $^1/_{1000}$ sei die zur Auslösung des Erfolges 1 erforderliche Bedingungsumme nicht vorhanden, ohne sie trete ein Erfolg überhaupt nicht ein. In dieser

1) v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung.

Beziehung zeichne sich keine Bedingung vor der anderen aus: jede sei eben nur das notwendige kausale Supplement der übrigen. Hieraus zieht er den weiteren Schluss: da somit die Gesamtwirksamkeit der Bedingungen nicht eintritt, wenn eine, sei es auch die an Intensität schwächste Bedingung fehlt, so repräsentiert jede Bedingung die Gesamtwirksamkeit, ist gleich der Gesamtursache. v. Buri legt seiner Theorie also folgende Rechnung zu Grunde: $x + y + z$ (Bedingungen) $= E$.

$$x + y \quad = 0.$$

folglich $z = E$.

Dieses Resultat ist aber unrichtig; denn ein Teil kann nicht gleich dem Ganzen sein. Würde man v. Buris Rechnung fortführen, so würde man zu folgendem offenbar unrichtigen Resultate gelangen: $x = E$, $y = E$, $z = E$, trotzdem aber $x + y = 0$. Kausale Grössen können aber nicht wie arithmetische behandelt werden. Durch diese Gleichungen wird lediglich das Verhältnis der Bedingungen zu einander dargestellt, und es ergibt sich aus ihnen nur, dass jede Bedingung das zu Herbeiführung der Gesamtwirksamkeit aller Bedingungen notwendige kausale Supplement ist, v. Buris weiterer Schluss ist unrichtig, der Beweis für seine Richtigkeit wenigstens nicht als geführt anzusehen. v. Buris Theorie hat in der Literatur fast überall Widerspruch gefunden,[1] man hat sie auch aus dem Grunde abgelehnt, weil nach ihr der Kausalzusammenhang eine zu weite Ausdehnung

1) In der Praxis hat sie dagegen Anklang gefunden vgl. Entsch. des RG. in Strafs. Bd. V S. 29, vgl. aber auch Liszt Strafrecht § 29, S. 106.

annimmt; es widerspricht der Anschauung des täglichen Lebens, jede Bedingung für die Ursache zu erklären; der Zusammenhang eines den Erfolg nur bedingenden Ereignisses mit diesem ist oft ein so loser, dass er als ursächlicher Zusammenhang nicht mehr anerkannt werden kann.

Hier setzt eine Richtung ein, die es aufgiebt, von dem philosophischen Begriff der Gesamtursache auszugehen, vielmehr versucht die Einzelursache, die Ursache κατ' ἐξοχήν, zu finden. Sie verfolgt dabe folgenden Gedankengang:

1. Ursache im philosophischen Sinne mag nur die Gesamtheit der Bedingungnn sein, Ursache im Rechtssinne kann jedenfalls auch ein einzelnes Ereignis, die menschliche Handlung sein.

2. Die Ursache ist unter den Bedingungen des Erfolges zu suchen; es ist aber nicht jede Bedingung die Ursache.

3. Ursache sind diejenigen Bedingungen, die sich als besonders geartete von den übrigen, den selbstverständlichen, abheben. In welcher Beziehung die Bedingung, welche als Ursache bezeichnet werden kann, von den übrigen sich auszeichnen müsse, wird verschieden beantwortet:

Birkmeyer[1] lässt nur diejenige Bedingung als Ursache gelten, „welche mehr als die übrigen Bedingungen zur Hervorbringung des Erfolges beigetragen hat", v. Bar[2] diejenige, durch welche der sonst als regel-

1) Birkmeyer, über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Gerichtssaal, 37, S. 257.

2) v. Bar, Zur Lehre von der Kulpa u. d. Kausalzusammenhange, Grünhut, IV S. 21.

mässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.

Bestritten sind vor allem Punkt 1 und 3.

Zu 1 ist eingewendet worden,[1] dass das Verhältnis von Ursache und Wirkung auf allen Entwicklungsstufen der Wissenschaft, in jeder Disziplin dasselbe sein müsse; denn es werde einzig und allein durch die unveränderlichen Gesetze der Natur bestimmt. Der Begriff der Kausalität sei daher der juristischen Konstruktion nicht zugänglich.

Den grössten Widerspruch haben aber die unter 3 mitgeteilten Ansichten hervorgerufen, und zwar mit Recht. Wir lassen es dahin gestellt, ob es überhaupt „besonders geartete Bedingungen" gibt; selbst wenn dem so wäre, bliebe immer noch die Frage offen, warum diese grade als Ursache bezeichnet werden können, und allen übrigen die kausale Bedeutung abgesprochen wird. Wir haben gesehen, dass ohne die kleinste, d. h. an Intensität schwächste Bedingung der Erfolg nicht eintritt, auch wenn alle übrigen Bedingungen vorhanden sind. Mit welcher Berechtigung setzt man diese für die Kausalität unentbehrliche Bedingung zurück gegen jene, die ohne diese unwirksam und untätig bleiben? Es ist aber auch oben schon nachgewiesen worden, dass alle Bedingungen hinsichtlich ihrer kausalen Bedeutung untereinander völlig gleichwertig sind, mag die Intensität auch verschieden sein.

Alle diese Theorien gehen von einem falschen

1) Hass, über die Verwertbarkeit des Gegensatzes von adaequ. und inad. Caus. Zus. Jher. Jahrb. 37, S. 337.

Punkte aus; es ist nicht erkannt worden, dass es sich in der Rechtswissenschaft nicht darum handelt, festzustellen, wann eine menschliche Handlung die Ursache eines Erfolges ist, sondern darum, festzustellen, „welcher Art die Relationen zwischen einem menschlichen Handeln und einem Ereignis sein müssen, damit die Rechtsordnung veranlasst werde, auch ihrerseits eine Verknüpfung derselben durch Statuierung einer Verantwortlichkeit vorzunehmen".[1]

Die Rechtsordnung kann die Voraussetzungen, unter denen sie die zur Statuierung einer Verantwortlichkeit erforderliche tatsächliche Beziehung zwischen zwei Ereignissen als vorhanden annimmt, nicht unabhängig von allgemeinen Vorstellungen bestimmen, es gibt keine besonders geartete juristische Kausalität.[2] Die Vorstellung, dass eine Veränderung durch ein Ereignis verursacht sei, ist ein Resultat unseres Denkens, die Vorstellung von der Kausalität überhaupt eine Denkform, mittels deren wir die sinnlichen Erscheinungen zu verknüpfen suchen. Der Rechtsordnung steht nicht die Macht zu, diesen Vorstellungen neue von ihr gewählte Wege vorzuzeichnen, sie muss vielmehr ihnen folgen. Das Problem lautet demnach: Unter welchen Voraussetzungen gewinnen wir die Vorstellung, dass durch eine menschliche Handlung ein Erfolg verursacht ist? Gesucht wird der Begriff der Kausalität, mittels dessen der Mensch sinnliche Erscheinungen miteinander verknüpft. Ziel

1) Rümelin, Verwendung der Kausalbegriffe, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 90, im Sonderdruck S. 32.

2) Abweichend Gottschalk, a. a. O. S. 19.

aller Untersuchungen über Kausalität muss also sein, die Gesetze dieses menschlichen Denkens zu erforschen. Man ist zu folgenden Ergebnissen gelangt:[1]

Die menschliche Handlung muss eine condicio sine qua non des Erfolges sein, denn erst dann tritt ein Ereignis in tatsächliche Beziehung zu einem anderen. Nicht jede Bedingung ist aber schon Ursache.

Es fragt sich, ob und welche Bedingungen aus dem Bedingungskomplexe auszuscheiden sind, von welchem Gesichtspunkte aus dieses Ausscheidungsverfahren vorzunehmen ist.

v. Kries führte den Unterschied zwischen adaequatem und inadaequatem Kausalzusammenhange oder besser: Bedingungsverhältnisse ein und stellte den Satz auf: nur bei adaequatem Zusammenhange liegt eine Verursachung vor, er ist adaequat, wenn das Ereignis „generell geeignet war („die Tendenz besass") diesen Erfolg herbeizuführen".

Dem liegt folgende Beobachtung zu Grunde:

Wenn man sagt: Dieser Handlung wird jener Erfolg folgen, so kommt man zu diesem Urteil, weil man glaubt, dass die schon vorhandenen — ruhenden — Bedingungen durch das Hinzutreten dieser eine weitere Bedingung setzenden Handlung in Verbindung mit etwa noch auszulösenden, später hinzutretenden Bedingungen zur Kausalität ergänzt werden. Ein solches Urteil über

1) Die in folgendem vorgetragene Theorie ist von v. Kries („über den Begriff der objektiven Möglichkeit", Leipzig 1888) begründet worden. Sie kann als herrschend bezeichnet werden. Die Gedanken ihres Schöpfers sind von Rümelin und Hass in ihren oben erwähnten Schriften weiter entwickelt worden. Wir folgen in der Abhandlung insbesondere Rümelin.

den wahrscheinlichen Verlauf der Dinge beruht also auf der Annahme, dass man mit einem ziemlich regelmässig vorhandenen bekannten Bedingungskomplexe rechnen könne. Es wird unrichtig, wenn man in dieser Annahme fehlgeht, weil Bedingungen vorhanden sind oder hinzutreten, die man nicht erkennen kann und menschlichem Fassungsvermögen nicht zugänglich sind. In einem solchen Falle lag der Verlauf ausserhalb der menschlichen Berechnung, man betrachtet ihn als unregelmässig. Aber auch sonst lässt sich ein solches Wahrscheinlichkeitsurteil nur selten apodiktisch abgeben, man kann meist nur sagen: dieser Erfolg ist möglich. Die vorhandenen oder hinzutretenden Bedingungen lassen sich nämlich mit Sicherheit nicht erkennen. Man zieht daher mehrere Umstände, deren Existenz nicht sicher ist, in die Rechnung und schliesst, dass, je nachdem diese oder jene Bedingung vorhanden sei, dieser oder jener Erfolg eintreten werde, dass aber der Eintritt eines jeden dieser gedachten Erfolge möglich, wahrscheinlich sei und das Ergebnis, um welches es sich handelt, die Tendenz besitze, einen dieser vorgestellten Erfolge herbeizuführen.

Ist ein Erfolg eingetreten, so blickt man zurück, versetzt sich in den Zeitpunkt des Eintritts der Handlung zurück, die den Erfolg bedingt, und prüft, ob damals ein solcher Verlauf, als Folge dieser Handlung wahrscheinlich und möglich erschienen wäre. Ist das nicht der Fall, so wird jeder zögern, die tatsächliche Beziehung der Handlung zu dem Erfolge als Kausalzusammenhang zu bezeichnen. Das beruht auf einer Eigentümlichkeit des menschlichen Denkens; die Er-

fahrung bestätigt durchaus diese Beobachtung, man prüfe nur daraufhin einige Geschworenenverdikte,[1] die man als unrichtig und laienhaft zu bezeichnen geneigt war. Dieser Denkprozess ist zu analysieren, seine Gesetze auf Grund der oben festgestellten Ergebnisse zu ermitteln.

Ein Kausalzusammenhang liegt vor, wenn der Eintritt dieses Erfolges wahrscheinlich war. Es ist also zu ermitteln, ob dieser Erfolg wahrscheinlich erschien, als das die Bedingung setzende Ereignis in die Erscheinung trat. Zu diesem Zwecke ist zunächst der Bedingungskomplex festzustellen, der die Basis des abzugebenden Wahrscheinlichkeitsurteils bilden soll bezw. damals gebildet hätte. Es müssen daher alle diejenigen Bedingungen ausgeschieden werden, deren Vorhandensein menschlicher Erkenntnis nicht zugänglich war; denn ein Erfolg, der auf der Wirksamkeit solcher Bedingungen beruht, kann nicht als wahrscheinlich gelten. Dieses Ausscheidungsverfahren ist aber sehr schwierig. Leider haben sich die Anhänger dieser noch jungen Theorie an diesem Punkte getrennt. v. Kries will alle dem Täter zur Zeit der Begehung der Tat nicht bekannten und nicht erkennbaren Bedingungen, Rümelin[2] nur die auch nach Eintritt des Erfolges der menschlichen Erkenntnis noch unzugänglichen Bedingungen ausscheiden. Wir halten Rümelins Ansicht für unzutreffend; denn nach Eintritt des Erfolges gibt es wohl kaum noch Umstände, die nicht

1) z. B. wenn es sich um Körperverletzung mit Todeserfolg handelt.

2) a. a. O. S. 19.

erkennbar wären. Sein Verfahren ist nicht, wie er behauptet das einer nachträglichen Prognose, sondern das einer Retrospektive. Auch können wir uns von Kries nicht anschliessen; er macht alles von der Erkenntnis und damit von der Erkenntnisfähigkeit des Täters abhängig. Wir entscheiden uns für das Verfahren der objektiven nachträglichen Prognose, d. h. wir lassen das objektive Urteil eines mit normaler menschlicher Erkenntnisfähigkeit begabten Beobachters zur Zeit der Vornahme der Handlung entscheiden. Alle Bedingungen, die der Erkenntnis dieses Beobachters nicht zugänglich sind, werden ausgeschieden; die zurückbleibenden Bedingungen bilden die Basis des Wahrscheinlichkeitsurteils, ob ein Erfolg wie der eingetretene als Folge der betr. menschlichen Handlung wahrscheinlich war: Der Tatbestand ist „generalisiert".

Auch nach dieser Generalisierung sind Erfolgsvariationen, wie schon hervorgehoben, nicht ausgeschlossen: es sind viele verschiedene Erfolge möglich. Die Möglichkeit des Eintritts eines Erfolges ist umso geringer, je mehr Bedingungen sich in dem Tatbestande befinden, die ihn abzulenken geeignet sind. Man kann also von einem Möglichkeitsgrade sprechen. Bei einem ganz geringen Möglichkeitsgrade wird man einen Kausalzusammenhang nicht mehr annehmen können. Es ist aber unmöglich, ein bestimmtes Wahrscheinlichkeitsminimum festzusetzen. Man muss es vielmehr dem Richter überlassen, im Einzelfalle zu entscheiden, ob er bei dem vorhandenen Möglichkeitsgrade einen Kausalzusammenhang noch annehmen will. Ein solches Urteil ist allerdings subjektiv. Es

besteht jedoch bei richtiger, verständiger Anwendung dieser Theorie nicht die Gefahr, dass bei geringem Möglichkeitsgrade bald adaequater, bald inadaequater Zusammenhang angenommen wird; denn es soll die Überzeugung entscheiden, dass bei dem Möglichkeitsgrade, der auf Grund des generalisierten Tatbestandes festgestellt ist, mit dem Eintritte des Erfolges allgemein gerechnet zu werden pflegt.

Wird diese Frage verneint, so ergiebt sich daraus, dass der tatsächliche Zusammenhang in diesem Falle nur auf besonderen zufälligen Eigentümlichkeiten desselben beruhte. Ein Kausalzusammenhang liegt dann nach allgemeinen menschlichen Anschauungen nicht vor, die Rechtsordnung hat daher auch keine Veranlassung, eine Verknüpfung der Handlung und des Erfolges durch Statuierung einer Verantwortlichkeit des Täters vorzunehmen.[1]

1) Eine neue Lösung glaubt Gottschalk (a. a. O. 18 ff.) gefunden zu haben. Nach ihm ist Ursache „die durch den Eingriff in die Rechtssphäre eines Andern qualifizierte Bedingung, „die Tatsache des Eingriffs". Inwiefern durch diese Begriffsbestimmung die Lehre von der Causalität irgendwie gefördert wird, ist uns unerfindlich. Auch wir halten die Bedingung, die sich als Eingriff in die Rechtsphäre eines Andern „qualifiziert," für allein erheblich, aber nur aus dem Grunde, weil alle andern für die rechtliche Betrachtung gar keine Bedeutung haben. Wir fragen vor allem: Wann stellt sich eine menschliche Handlung als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre dar? Wann können wir, wenn in der fremden Rechtssphäre eine Veränderung eingetreten ist, diese Veränderung mit einer menschlichen Handlung verknüpfen? die Antwort bleibt Gottschalk schuldig. Er sagt (S. 50): „dass zwischen dem entstehenden Schaden und dem Eingriff eine Beziehung statthaben muss, ist selbstverständlich". Auch uns erscheint das „selbstverständlich", nicht jedoch so selbstverständlich, wie die Beziehung beschaffen ist, wann sie gegeben ist.

Die Mitwirkung des Beschädigten.

Der Ersatzanspruch des Beschädigten ist gefährdet, wenn er bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Seine Handlungen — von den Unterlassungen handelt der folgende Abschnitt — müssen also Mitursachen des Erfolges darstellen, neben der andern Mitursache; der Handlung des Schädigers. Ein Fall des § 254 liegt demnach nicht vor, wenn die Handlung des Beschädigten Alleinursache ist, insbesondere wenn durch diese Handlung der Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln des Schädigers und dem Erfolge unterbrochen ist, d. h. die von dieser begonnenen Kausalreihe von jener aufgenommen und selbständig zum Erfolge hingeführt ist. Es ist vielmehr vorausgesetzt, dass der Erfolg sowohl zu dem Verhalten des Beschädigten als auch dem des Gegners in Kausalzusammenhange steht[1] und zwar in adaequatem Zusammenhange, denn nur ein solcher kann die Grundlage einer rechtlichen Verantwortung bilden.

Rümelin hält letztere Feststellung für überflüssig. Er führt aus:[2] „es ist praktisch ohne Belang, festzustellen, ob beide Handlungen (die Handlung des Beschädigten und des Schädigers) in adaequatem Kausalzusammenhange mit dem Erfolge stehen, da bei Nichteingreifen des § 254 der Gesichtspunkt des fehlenden adaequaten Zusammenhangs selbständig zur

1) Gottschalk führt hierzu (S. 65 a. a. O.) zutreffend aus; „Eine Vereinigung beider Tätigkeiten erzeugt den Schaden: unter dem Vereinigen ist nicht ein Ineinanderübergehen der Kausalreihen, sondern ein Verbundensein zu einer Einheit zu verstehen. Vgl. RG.: die „kombinierte Kausalität" (Jur. Wochenschr. 1899 S. 169 Nr. 131) citiert bei Gottschalk, ebenda.

2) Rümelin, a. a. O S. 139.

Anwendung gebracht werden muss! Rümelin übersieht, dass diese Ansicht folgerichtig dahin führen muss, den § 254 überhaupt für überflüssig zu erklären, er vergisst aber auch zu beweisen, dass durch die Mitwirkung des Beschädigten selbst stets der adaequate Kausalzusammenhang der Handlung eines Andern mit dem Schaden ausgeschlossen wird. Das ist aber keineswegs der Fall, was folgendes Beispiel zeigen möge: Auf dem Truppenübungsplatz zu E. findet eine Schiessübung statt. Das Gelände ist abgesperrt, an den Grenzen sind Warnungstafeln errichtet, das Betreten des Terrains ist für den ganzen Tag verboten. A hat der Schiessübung beigewohnt und zwar bis zur Beendigung derselben; tatsächlich ist auch die Übung beendigt, die Truppen entfernen sich, A glaubt daher ohne Gefahr über das Übungsgelände gehen zu können. Ein Soldat hat aber eine Patrone noch nicht verschossen. Da er nicht beobachtet ist und der Knall nach seiner Meinung von den übrigen nicht gehört wird, schiesst er und verwundet A tödlich.

U. E. liegt adaequater Kausalzusammenhang nur zwischen der Handlung des Soldaten und dem Erfolge vor.[1] Der von Rümelin vorausgesetzte Fall, Unterbrechung des adaequaten Kausalzusammenhangs, wird

1) Mit Recht bezeichnet Gottschalk (a. a. O. S. 66) die Ausführungen Rümelins als seltsam. Rümelin widerspricht sich offenbar selbst, wenn er grade in diesem Falle, „in dem es sich nun einmal um eine Anwendung des Causalbegriffs handelt", seiner von ihm so nachdrücklich vertretenen Theorie keine Bedeutung beilegt. Allerdings stimmen wir Gottschalk nicht darin bei, dass sich daraus ergebe, auf wie schwacher Basis die adaequate Theorie stehe

natürlich auch sehr oft eintreten, aber es ist nicht der Regelfall, denn sonst wäre eben § 254 völlig überflüssig. Rümelin[1] bildet folgendes Beispiel: A stösst den vorzüglichen Schwimmer B in das Wasser (während des Spiels in einer Badeanstalt). B rührt in plötzlich auftauchender Selbstmordabsicht keine Hand und ertrinkt.

Dieses Beispiel führt uns auf ein Gebiet, das in den Erörterungen über den § 254 eine bedeutsame Rolle spielt: die Kausalität der Unterlassung.

Die Kausalität der Unterlassung.

Mitwirkung des Beschädigten durch Unterlassung.

Nur von wenigen Autoren (u. a. Wendt) wird heute noch bestritten, dass auch eine Unterlassung kausal sein könne. In der Rechtsprechung und Litteratur ist die Kausalität der Unterlassung anerkannt.

Die Unterlassung, das Nichttun, gilt als verursachend, wenn bei einem entsprechenden Tun der Erfolg nicht eingetreten wäre[2] und dem Unterlassenden eine Pflicht zum Handeln oblag.

Erwägungen der Art: „wenn dies oder jenes geschehen wäre, so würde der Erfolg nicht eingetreten sein", haben einen fast unbeschränkten Spielraum. Als wesentlichste Voraussetzung der rechtlichen Relevanz einer Unterlassung ist die Pflicht zu einem Tun

---

1) a. a. O. S. 161.

2) Vgl. v. Liszt, Strafrecht, S. 111: der Begriff des Unterlassens setzt voraus, dass durch das dem Täter mögliche und dennoch von ihm unterlassene Tun der eingetretene Erfolg verhindert worden wäre.

anzusehen. Nur die pflichtwidrige und deshalb rechtswidrige Unterlassung ist rechtlich bedeutsam, kausal.[1]

Dies gilt auch für Unterlassungen eines Beschädigten; ohne Pflichtverletzung, keine Kausalität. Es fragt sich daher, ob und aus welchem Grunde für einen Beschädigten eine solche Pflicht besteht.

Schollmeyer[2] behauptet, eine solche Pflicht werde erst in Abs. 2 statuiert. Das Verhältnis des Abs. 1 zum Abs. 2 soll erst später erörtert werden; hier möge folgendes darüber genügen: In Abs. 2 wird eine Pflicht zur Anzeige der Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens, zur Abwendung und Minderung des Schadens aufgestellt. Demnach können nach Schollmeyer's Ansicht andere Arten der Unterlassung niemals als kausal angesehen werden. Wir sind aber doch der Ansicht, dass sich mit den in Abs. 2 aufgezählten Unterlassungsfällen das Gebiet der rechtlich bedeutsamen Unterlassungen des Beschädigten nicht erschöpfen kann. Beispielsweise wäre es doch sehr sonderbar, wenn einem Fuhrmann, dessen Pferde zum Scheuen gebracht sind, während er nach seiner Gewohnheit auf der Fahrt schlief, und der wegen Verletzungen Schadensersatz verlangt, nicht die Einwendung aus § 254 entgegengesetzt werden könnte. Seine Unterlassung ist nicht eine unterlassene „Abwendung"; denn man spricht von Abwendung eines Schadens, wenn dieser droht, nicht schon dann,

---

1) Vgl. Gottschalk a a. O. S. 41: das Moment der Rechtswidrigkeit ist es, das die Kausalität der Unterlassungen abgrenzt. v. Liszt a. a. O. S. 112.

2) a. a. O. S. 43.

wenn er erst möglich ist.[1] Nach Cohn's[2] Ansicht macht die Unterlassung regelmässig ausserhalb eines Vertragsverhältnisses nicht schadensersatzpflichtig. Er nimmt offenbar an, dass auch die Unterlassung eines Beschädigten ausserhalb eines Vertragsverhältnisses nicht kausal sei. Die Ansicht ist unhaltbar. Würde nur durch Vertrag die Pflicht zum Tun begründet, so würde die Unterlassung des Beschädigten schwerlich jemals kausal sein.

Von einer Pflicht des Beschädigten, sich und das Seinige vor Schaden zu bewahren, kann überhaupt nicht gesprochen werden, wenn man unter Pflicht die Verbindlichkeit zu einem Tun versteht.[3] Eine solche besteht freilich nicht, sie kann nur aus einem konkreten Vertragsverhältnis folgen. Man kann vielmehr nur sagen: wenn der Beschädigte die Handlung unterlässt, so geht er seines Anspruchs auf Ersatz verlustig; er muss also handeln, wenn er zum Ersatze gelangen will; insofern besteht allerdings eine Pflicht. Er verliert den Anspruch, weil es wider Treu und Glauben verstösst, wenn er Ersatz fordert, obwohl es in seiner Hand lag, sich vor Schaden zu behüten. Dieser Vorwurf, dass seine Schadensersatzforderung dolos ist, wird ihm mit Recht gemacht, solange von seinem eigenen Interessenstandpunkte ein Handeln geboten war und er trotzdem passiv blieb. Causal, d. h. rechtlich bedeutsam, ist daher die Unterlassung des Beschädigten, wenn von seinem Interessenstandpunkte

1) Cohn, a. a. O. S. 120.
2) a. a. O. S. 404.
3) Vgl. Matthiass, bürg. Recht I S. 316.

ein Handeln geboten war; denn in diesem Falle ist seine Ersatzforderung dolos. Wir schliessen uns Rümelin an, der ausführt:[1] „So wenig wie bei den positiven Handlungen ist zum Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 die Verletzung einer bestimmten Rechtspflicht zu verlangen, es genügt die Abweichung vom normalen Verhalten bezw. die Missbilligung des untätigen Verhaltens vom eigenen Interessenstandpunkte.“ Aus dem Grundgedanken, auf dem § 254 beruht, ergiebt sich somit, welcher Art die Pflicht des Beschädigten ist: seine Forderung darf nicht wider Treu und Glauben verstossen (§ 242);[2] er muss daher sein Verhalten bei der Entstehung des Schadens so einrichten, dass ihm dieser Vorwurf später nicht gemacht werden kann.

Dem Beschädigten lag die Pflicht zum Handeln ob, wenn vom eigenen Interessenstandpunkte ein Eingreifen geboten war. Dies war der Fall, wenn die Verletzung des Rechtsgutes im Bereiche der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit lag. Wann dieser Zustand der Gefahr vorliegt, darf nur objektiv bestimmt werden; ob die Möglichkeit einer Gefährdung erkannt werden konnte, wird erst bei der Frage: Liegt ein Verschulden vor? erheblich. Eine Pflicht zum Handeln bestand, auch wenn die Möglichkeit einer Verletzung nicht

1) a. a. O. S 156.

2) Vgl. hierzu RG. Bd. 52 S. 351 (bei Neumann, Jahrb. S. 163): Es ist Aufgabe jedes verständigen Menschen, sich und das Seinige tunlichst vor Schaden zu bewahren. Wer, pochend auf die Schadensersatzpflicht eines Andern, jede Massregel zur Abwendung oder Minderung eines ihm drohenden Schadens unterlässt, der verstösst wider Treu und Glauben, wenn er gleichwohl den vermeidlich gewesenen Schaden von dem Andern ersetzt verlangt.

erkannt werden konnte. Hinsichtlich des Grades dieser Möglichkeit gilt das oben bei der Lehre vom adaequatem Kausalzusammenhange Gesagte: es ist im Einzelfalle zu entscheiden, ob bei dem vorhandenen Möglichkeitsgrade mit dem Eintritt des Schadens gerechnet werden kann.

Zu dieser Voraussetzung muss noch die weitere hinzukommen, dass durch das Tun der Erfolg vermieden wäre. Darüber, ob dies möglich war, welche Handlungen erforderlich waren und durch welche jener Zweck erreicht wäre, entscheidet wieder eine objektive Prüfung des Tatbestandes.

Wir fassen die Ergebnisse in folgendem noch einmal zusammen: Ein Nichttun des Beschädigten steht dem Tun, der positiven Mitwirkung, gleich,

1. wenn zur Zeit der Untätigkeit eine Pflicht zum Handeln eingetreten war, d. h. wenn das Interesse an der Integrität seiner Rechtsgüter ihm als Inhaber derselben gebot, sie vor Verletzungen, deren Eintritt möglich war, zu sichern,

2. wenn der Schaden durch ein entsprechendes Tun vermieden wäre. [1]

1) In folgendem seien einige Fälle aus der Judikatur angeführt:

1. Widerspruch hat folgende Entscheidung des RG. vom 5. Mai 1901 hervorgerufen: Der Gläubiger einer hypothekarisch gesicherten Forderung nimmt Regress gegen den Amtsrichter, weil dieser erkennen musste, dass die Pfandbestellung wegen formeller Mängel nichtig war, trotzdem aber beurkundete, dass ein Grund zur Beanstandung nicht gefunden sei. Die Klage wurde abgewiesen, da als wirkende Ursache das Verhalten des Bankhauses erscheine, durch welches der Geldgeber das Darlehen gegen Ausfolgung der Hypothekenurkunde ausbezahlen liess und dessen Verschulden er als sein eigenes gelten lassen

müsse. Das Bankhaus hätte finden müssen, dass die Eintragung unwirksam sei, es hätte sich nicht damit begnügen dürfen, die Pfandurkunde einfach entgegenzunehmen und darauf vorzugehen, als sei alles in bester Ordnung. (Mitg. i. Holdheims Monatsschrift f. Handelsrecht, X. Jahrg. Nr. 12). Die Entscheidung ist von grosser Tragweite, weil das höchste Gericht in ihr die Ansicht vertritt, dass das Publikum die Tätigkeit der Behörden, deren Mitwirkung bei gewissen Rechtsgeschäften vom Gesetz vorgeschrieben ist, nachzuprüfen verpflichtet sei. Wir lassen es dahingestellt, ob eine derartige Unterlassung als wirkende Ursache bezeichnet werden kann. Besteht aber eine solche Nachprüfungspflicht? Wir sahen oben, dass vom eigenen Interessenstandpunkte ein Handeln geboten ist, wenn eine Verletzung oder Beschädigung im Bereiche der Möglichkeit liegt. Dass ein Grundbuchrichter sich irrt, eine Eintragung unwirksam ist und die eingetragene Forderung deshalb ausfällt, liegt durchaus im Bereiche der Möglichkeit; es ist daher wohl angebracht, die richterliche Tätigkeit zu kontrollieren. Trotzdem kann u. E. eine solche Prüfung dem Publikum, auch dem rechtserfahrenen, nicht zugemutet werden, weil eine solche Forderung sich mit dem Gedanken, von dem der Gesetzgeber ausging, als er die Mitwirkung der Behörden bei gewissen Rechtsgeschäften vorschrieb, nicht vereinigen liesse. Der Verfasser der Kritik dieses Urteils führt in der oben genannten Zeitschrift folgendes dazu aus: „Das Gesetz setzt an Stelle der rein privaten Erklärung die Mitwirkung der autorisierten Behörden und deren Ausfertigung. Dies soll neben der Offenkundigmachung des Vorfalles im allgemeinen Interesse eine Kontrolle des Verpfändungsaktes selbst im Interesse des Gläubigers sein. Damit ist unverträglich, dass die Partei wieder zu einer Kontrolle der Kontrolle verpflichtet sein soll. Man würde damit die Organe des Staats für unfähig erklären, ihre Pflicht zu erfüllen.

Diese Kritik erscheint durchaus zutreffend.

2. RG. vom 25. Februar 1900 (Warneyer § 254, Nr. 2): Jemand erleidet in einem Hause infolge mangelhafter Treppenbeleuchtung Schaden. Er hatte unterlassen, sich über die Örtlichkeit zu orientieren. Es wurde konkurrierendes Verschulden angenommen.

3. Urt. d. RG. v. 26 September 1903 DJZ. 03, Nr. 23 Spruchpr. Nr. 111). Kl. war in der unteren Elbe mit der Hebung des untergegangenen Schiffes „Weser" durch zwei Bergungsfahrzeuge beschäftigt, als ein der beklagten Reederei

Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1; die Unterlassungen des Abs. 2.

Man trägt kein Bedenken, überall, wo der Gesetzgeber von „verursachen", „verletzen", „herbeiführen" etc. spricht und an diese kausale Beziehung zu einem schädigenden Ereignis eine Haftung knüpft, die rechtliche Folgen auch auf ein pflichtwidriges Nichttun auszudehnen, wenn durch eine Tätigkeit der Erfolg hätte verhindert werden können. Das Gesetz hat dies

---

gehöriger Dampfer vorüberfuhr. Der Dampfer mässigte trotz Vorschrift der Polizeiverordnung seine Fahrt nicht, durch die so entstehende starke Dünung geriet die zwischen den beiden Hebeprähmen in Hebetrossen hängende „Weser" in so starke Schwankungen, dass ein Teil der Trossen brach, die „Weser" sich auf den einen Hebeprahm senkte und mit diesem versank. Beklagte wendet gegen die Schadensersatzklage konkurrierendes Verschulden des Klägers ein, da er „eine veraltete Hebemethode" angewendet habe, während eine andere Bergungsgesellschaft eine Hebemethode eingeführt habe, bei der grössere Standsicherheit erreicht werde. Das RG. weist diese Einwendung zurück, da ein Verschulden des Klägers (schuldhafte, pflichtwidrige Unterlassung) nicht darin zu erblicken sei, wenn er bewährte Arbeitsmethoden nicht gleich mit irgendwo aufgekommenen Neuerungen vertausche.

4. Die Frage, ob gegenüber einer Klage auf Grund der §§ 302 Abs. 4, 717 Abs. 2, 945 CPO. eine Einwendung aus § 254 damit begründet werden kann, der Beschäftigte habe schuldhaft unterlassen, rechtzeitig ihm bekannte Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, ist bisher in der Judikatur noch nicht entschieden worden. Sie dürfte zu verneinen sein. Ein solches — chikanöses — Verhalten ist zwar offenbar unanständig und daher zu missbilligen, nicht jedoch zu missbilligen vom eigenen Interessenstandpunkte: Beklagter ist ja seiner Sache sicher, weiss, dass er den Prozess gewinnen wird, auch wenn er im vorgeschrittenen Prozessstadium diese Tatsachen vorbringt. (Vgl. hierzu Cohn, a. a. O. S. 410 ff, seine Begründung ist u. E. unrichtig. Wach, DJZt. Jahrg. 1898 S. 66).

allerdings nirgendwo ausgesprochen, wenigstens nicht ausdrücklich; dass es eine Causalität der Unterlassung anerkannt, ergiebt sich aber unzweifelhaft aus den §§ 545, Abs. 2,[1] 600.

Dieses Schweigen hat der Gesetzgeber in § 254 gebrochen, indem er in Abs. 2 nur die Rechtswirkungen gewisser Unterlassungen des Beschädigten behandelt. Über das Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1 herrscht Streit. Im Mittelpunkte des Streites stehen folgende Fragen: Umfasst die Mitwirkung des Abs. 1 auch die kausale Unterlassung? oder handelt Abs. 1 nur von dem kausalen facere, Abs. 2 nur von dem kausalen Unterlassen? Wir geben zunächst eine Übersicht über die verschiedenen Ansichten:

1. Rümelin:[2] Der Gesetzgeber bezeichnet die kausale Unterlassung in Abs. 1 als Mitwirkung, nimmt dies mit den Anfangsworten des Abs. 2: „Dies gilt auch dann" wieder auf und hebt die wichtigsten Unterlassungsfälle besonders hervor.[3]

2. Endemann:[4] Unter der Mitwirkung des Abs. 1 ist nur ein Handeln zu verstehen. Erst durch Abs. 2, als einer selbständigen Norm, wird der schuldhaften Unterlassung des Beschädigten die Wirkung beigelegt, die aus dem rechtswidrigen Eingriff des Gegners zunächst entspringende Haftung aufzuheben oder zu mindern.

1) „Unterlässt der Mieter die Anzeige, so ist er zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet" (vgl. Gottschalk a. a. O. S. 51 A. 21).

2) Rümelin, a. a. O. S. 163.

3) Übereinstimmend v. Leyden, die sogen. Culpakompensation S. 40.

4) Endemann, Einführung I S. 758.

3. Schollmeyer:[1] Die kausale Unterlassung ist eine Mitwirkung im Sinne des Abs. 1. Abs. 2 stellt die Pflicht zu dem Handeln auf, durch welches der Erfolg abgelenkt wäre.

4. Cohn:[2] Die kausale Unterlassung ist eine Mitwirkung im Sinne des Abs. 1, Abs. 2 handelt nicht von der kausalen Unterlassung.[3]

§ 254 beginnt mit den Worten: „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt — —" und schliesst: „inwieweit der Schaden von dem einen oder anderen Teile vorwiegend verursacht ist".

Es ist schon festgestellt, dass Mitverursachung durch den Beschädigten Voraussetzung des Eintritts der Rechtswirkungen des § 254 ist. Für die folgende Untersuchung ist es nicht unerheblich, festzustellen, ob dies aus dem Worte: „Mitwirken" oder erst aus dem Schlusssatze zu entnehmen ist. v. Leyden[4] meint, dass das Wort „Mitwirken" noch nicht das kausale Moment bezeichne, denn aus dem Sprachgebrauche des BGB. gehe deutlich hervor, dass „Mitwirken" ein ziemlich unbestimmter

1) Schollmeyer, R. d. Schuldv. S. 43.

2) Cohn, a. a. O. S. 120.

3) Gottschalk (a. a. O. S. 87) hat Cohn offenbar missverstanden. Nach seiner Auffassung behauptet Cohn, dass in den Fällen des Abs. 2 der Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens nicht mehr in Frage steht, dass hier vielmehr der Schaden von dem Beschädigten stets allein verursacht werde. Neumann, Jahrb S. 163, hat Cohn, wie wir, dahin verstanden: Abs. 2 betrifft nicht das konkurrierende Verschulden, sondern setzt im Gegenteil voraus, dass bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten nicht mitgewirkt hat.

4) v. Leyden, a. a. S. 40.

Ausdruck sei im Sinne von „sich beteiligen“, jedenfalls ohne Betonung des ursächlichen Zusammenhangs. Und der Grund dieser sonderbaren, zurückhaltenden Ausdrucksweise: das ängstliche Bestreben des Gesetzgebers, nicht klar und deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass er die Kausalität der Unterlassung anerkenne.

Wie unwahrscheinlich! Wir sind anderer Ansicht. Von einem solchen Sprachgebrauch des BGB.: Mitwirken gleich beteiligt sein, ist uns nichts bekannt. Die von Leyden zum Beweise herangezogenen Gesetzesstellen sprechen u. E. grade gegen seine Ansicht. § 660, auf den er sich beruft, lautet: Haben Mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt, — — — so hat der Auslobende die Belohnung — — — unter sie zu verteilen“. Eine Verpflichtung zur Entrichtung der Belohnung besteht nach § 657 nur demjenigen gegenüber, der den Erfolg herbeigeführt hat. Mitwirken ist also gleich mitherbeiführen.

Es wäre ja auch überaus sonderbar, wenn in dem ersten Satze des § 254, der die Voraussetzungen der Kompensation im übrigen sämtlich enthält, grade das wesentlichste Moment fehlte oder doch nur durch ein so nichtssagendes Wort, wie „beteiligt sein“ angedeutet wäre.

Der Begriff: verursachen, umfasst im Gesetzbuch, wie schon hervorgehoben, das kausale facere und non facere. Eine Abweichung von diesem Sprachgebrauch müsste an der besonderen Fassung erkennbar sein. Um Endemanns Ansicht teilen zu können, müsste man demnach aus dem Umstande, dass der Gesetzgeber von „Mitwirken“ spricht, entnehmen, dass er nur ein

kausales facere meine. Man könnte an die Verwandtschaft des Wortes „Mitwirken" mit „Bewirken" denken, d. h. durch eine positive Tätigkeit eine Veränderung herbeiführen. Mitwirken ist aber nicht gleich Mitbewirken. Die Sprache des täglichen Lebens kennt keinen Unterschied zwischen Mitwirken und Mitverursachen. Das entscheidet; denn das Gesetz bedient sich der allgemein gebräuchlichen Ausdrucksweise. Wäre Endemanns Ansicht richtig, so müsste man dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, dass er uns in § 254, 1 eine überaus unklare, rätselhafte Vorschrift gegeben habe, die schliesslich jeder nach seinem Belieben deuten könne. Wir ziehen es daher vor, dem Worte: „Mitwirken" die näherliegende Deutung zu geben und dem sonstigen Sprachgebrauche des Gesetzbuchs hierbei zu folgen, denn: lege non distinguente, nec nostrum est distinguere.

Unser Gesetzbuch vermeidet Wiederholungen; denn die Folge derselben ist nur Unklarheit. Wir halten es für unnötig, hierfür erst noch Beweis anzutreten. Die Bestimmungen des BGB. sind knapp und prägnant gefasst.

Es ist daher von vornherein unwahrscheinlich, dass das in Abs. 1 Gesagte in einem Appendix in breiterer Darstellung wiederholt sei. Eine solche Wiederholung wäre nur dann am Platze gewesen, wenn ohne eine Erläuterung ein Missverständnis, eine unrichtige Auffassung möglich wäre oder der Gesetzgeber gewisse ausdrücklich hervorgehobene Fälle in irgend einer Beziehung einer besonderen rechtlichen Behandlung unterwerfen wollte.

Zur Vermeidung von Irrtümern war es nicht erforderlich, dass in Abs. 2 besonders hervorgehoben wurde, der Ausdruck mitwirkendes Verschulden umfasse auch die Fälle des schuldhaften Unterlassens. Diese Ansicht v. Leydens[1] halten wir nicht für zutreffend. Welcher Irrtum wäre wohl möglich gewesen, wenn Abs. 2 gefehlt hätte? v. Leyden meint auch, der Gesetzgeber habe mit Rücksicht auf die widerstreitenden Kausalitätstheorieen die Kausalität der Unterlassungen ausdrücklich hervorheben zu müssen geglaubt. Nun, u. E. ist es nicht Sache noch Brauch des Gesetzgebers, gegen unrichtige Gesetzesauslegung Praeventivmassregeln zu treffen; vor diesem Unglück bleibt eben kein Gesetzbuch bewahrt. Zudem hebt der Gesetzgeber nur einige Fälle des Unterlassens hervor. Sollen die übrigen im Bereiche des § 254 als rechtlich bedeutungslos gelten? Nur in einem Punkte müssen wir v. Leyden beistimmen: bezüglich der Unterlassung einer Anzeige. Es wäre allerdings ohne diese ausdrückliche Bestimmung zweifelhaft gewesen, ob der allgemeine Ausdruck Mitwirkung diese Art der Unterlassung mitumfasste. Trotzdem verwerfen wir diese Auffassung des Abs. 2 als einer lediglich prophylaktischen Bestimmung und zwar aus folgenden Gründen:

Der Gesetzgeber leitet den Abs. 2 mit den Worten ein: „Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt — — — —.

Rümelin und v. Leyden ergänzen bei den Worten: „Dies gilt auch dann — — —“: „Der Beschädigte wirkt bei Entstehung des Schadens auch dann mit, wenn

1) v. Leyden, a. a. O. S. 41.

er unterlassen hat — — —. Hiergegen wendet sich Cohn[1] mit Recht. Die Worte sind doch offenbar nur so auszulegen: Was in Abs. 1 gesagt ist, soll auch für die folgenden Fälle gelten. Die Worte: Dies gilt auch dann — — sind also auf die Hauptbestimmung des Abs. 1 zu beziehen: Die Verpflichtung zum Ersatz hängt auch dann von den Umständen ab, wenn sich das Verschulden des Beschädigten — auf die in Abs. 2 aufgezählten Fälle beschränkt.[1]

In diesen Einleitungsworten wird angekündigt, dass die vorhergehenden Bestimmungen „auch dann" gelten sollen, wenn sich das Verschulden auf die folgenden Fälle beschränkt. Bei dieser auffälligen Fassung muss es als völlig ausgeschlossen gelten, dass der Gesetzgeber in Abs. 2 nur eine Erläuterung des Abs. 1 geben will; denn er kündigt ja an, dass auch in folgenden, also noch nicht behandelten Fällen die Ersatzpflicht des Schädigers ganz oder zum Teil wegfallen solle und zwar giebt er sofort das diesen Fällen gemeinsame Charakteristikum: wenn sich das Verschulden des Beschädigten nur beschränkt. Das bedeutet, dass das in Abs. 2 vorausgesetzte Verschulden des Beschädigten geringer ist, als das des Abs. 1. Die Voraussetzungen der Kompensation sollen also erweitert werden, es muss mithin eine der in Abs. 1 geforderten Voraussetzungen: schuldhafte Mitverursachung bei Entstehung des Schadens, fallen.

Wir finden die Beschränkung darin, dass die in

1) Cohn, a. a. O. S. 119.

Abs. 2 bezeichneten Unterlassungen nicht kausal sein müssen. [1]

Die Fassung des Abs. 2 wird übrigens von vielen gar nicht beachtet. Wie kann Schollmeyer dem mit diesen Worten eingeleiteten Abs. 2 nur die Funktion zusprechen, er begründe nur die Pflicht zum Handeln?

Dass die Beschränkung nun grade in dem Wegfall des kausalen Moments bestehe, ist durch den Umstand allein, dass der Gesetzgeber beschränken will, noch nicht bewiesen. Sie kann aber nicht etwa darin gefunden werden, dass hier im Gegensatz zu Abs. 1 auch der schuldhaften Unterlassung die Wirkung beigelegt werde, die Haftung des Schädigers aufzuheben oder zu mindern (Endemann). Man würde sich dadurch mit der herrschenden, fast allgemein mit Recht anerkannten Lehre in Widerspruch setzen, die das kausale Unterlassen dem Tun völlig gleichsetzt. Das ist ja auch der Standpunkt des Gesetzgebers. Von einer Beschränkung dürfte er dann aber doch nicht reden.

Wir glauben unsere oben wiedergegebene Auffassung wie folgt begründen zu können:

Abs. 2 handelt 1. von der Unterlassung der Anzeige, 2. von der Unterlassung der Abwendung und Minderung.

Die Anzeigepflicht tritt ein, wenn ein ungewöhnlich hoher Schaden droht und der Angreifer diese Gefahr nicht kannte oder kennen musste.

---

1) Gottschalk, a. a. O. S. 87 A. 16 meint, es bedürfe keines Wortes, dass die Unterlassungen des Abs. 2 nur dann in Frage kommen, wenn sie kausal seien.

Wäre nur die kausale Unterlassung der Anzeige erheblich, so würde eine Anzeigepflicht nur dann bestehen, wenn es sicher wäre, dass der Gegner durch die Benachrichtigung abgeschreckt würde und den Angriff auf die fremde Vermögenssphäre aufgebe. Im Gesetz findet sich kein Anhalt dafür. Die Voraussetzungen, unter denen die Anzeigepflicht eintritt, sind u. E. dort erschöpfend aufgezählt. Woraus will man denn schliessen, dass nur die kausale Unterlassung der Anzeige erheblich sei? Wenn Gottschalk[1] meint, das bedürfe keines Wortes, so sind wir doch ganz anderer Ansicht und halten die zahlreichen Gegner unserer Ansicht für beweisfällig. Weder aus der Natur der Sache — der ultimo ratio in allen Verlegenheiten — noch aus den Worten des Gesetzes: „dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte, noch kennen musste, ergibt sich ein Argument zu Gunsten der Gegner. Wir geben zu, dass den Gesetzgeber, als er diese Pflicht statuierte, der Gedanke geleitet hat, der Täter werde von seinem Vorhaben abstehen, wenn er die Tragweite seines Tuns erkenne. Aber das ist offenbar nicht der einzige Zweck gewesen, wie wir unten zeigen werden. Es wäre zudem sehr unzweckmässig gewesen, den Eintritt der Pflicht davon abhängig zu machen, ob die Anzeige wirksam oder unwirksam sein wird. Wer kann das entscheiden? U. E. noch nicht einmal derjenige, an welchen sich die Anzeige richtete.

---

1) a a. O. S. 87.

Wir schliessen daher: Die Unterlassung der Anzeige braucht nicht kausal zu sein.

Was von dieser Unterlassung gilt, muss auch von den übrigen Unterlassungen des Abs. 2 gelten; denn die „Beschränkung" ist ja vom Gesetzgeber in den Eingangsworten als eine den Fällen des Abs. 2 gemeinsame Eigentümlichkeit angekündigt worden. Die Beschränkung muss demnach bei allen gleicher Art sein.

Wir kommen nun zu den Einwendungen gegen die hier vertretene Ansicht:

1. Es ist oben gesagt worden, dass der Gesetzgeber gewisse Fälle nochmals hervorhebe, wenn er sie in irgend welcher Beziehung einer besonderen rechtlichen Behandlung unterwerfen wolle. Man könnte auf den Schlusssatz des Abs. 2 verweisen: Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

Die vorstehenden Ausführungen enthalten schon die Widerlegung. Bei der Fassung, die der Abs. 2 gefunden hat, ist es völlig ausgeschlossen, dass die Fälle des Abs. 2 nur aus dem Grunde nochmals hervorgehoben sind, um ersichtlich zu machen, dass die entsprechende Anwendung des § 278 sich auf sie beschränke. Der letzte angehängte Satz enthielte denn die Hauptsache; wir wagen es nicht, dem Gesetzgeber eine solche redaktionelle Entgleisung zu insinuieren.

2. Man könnte finden, dass nach unserer Ansicht § 278 auf die kausale Unterlassung (Abs. 1) nur direkte Anwendung, auf die nicht kausale dagegen auch entsprechende Anwendung finde, und hierin einen sonderbaren Widerspruch finden. Wäre dem so, gewiss. Aber es ist von uns nicht gesagt worden, dass

Abs. 2 nur von den nichtkausalen Unterlassungen handle, sondern dass die Unterlassungen des Abs. 2 nicht notwendig kausal sein müssen. Abs. 2 handelt von den Unterlassungen einer Anzeige, der Abwendung und Minderung schlechthin; sie sind erheblich, sowohl wenn sie kausal gewesen, als auch wenn sie nicht kausal gewesen sind.

3. Wir kommen in folgendem der anscheinend gefährlichsten Einwendung zuvor: Die Worte „dies gilt auch dann" beziehen sich auf die Abs. 1 angeordnete Verteilung der Schadensersatzlast. Es ist also einzusetzen: „Die Verpflichtung zum Ersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängen auch dann von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder andern Teil verursacht ist — — — —.

Nach der hier vertretenen Ansicht soll es aber auf eine Verursachung, geschweige denn auf eine vorwiegende Verursachung in Abs. 2 schlechterdings garnicht ankommen. Sie widerspräche demnach dem Gesetz. Das wird nicht anerkannt. Wenn die vorwiegende Verursachung auch in Abs. 2 den Ausschlag geben soll, so muss dies sowohl auf die Unterlassung der Anzeige, als auch der Abwendung und Minderung bezogen werden. Wir können uns nun wohl vorstellen, dass jemand, der unterlässt, einen harmlosen Menschen auf die Gefahr eines immens hohen Schadens, der in keiner Weise vorausgesehen werden konnte, aufmerksam zu machen, vorwiegend verursacht. Es erscheint uns aber ausgeschlossen, dass die Unterlassung der Abwendung oder gar nur der Minderung des

Schadens jemals als vorwiegende Ursache bezeichnet werden könnte. Es ergiebt sich somit aus der Natur der Sache, dass jener Passus des Abs. 1: „insbesondere davon ab — — — —“ nicht übernommen werden kann.[1]

4. Wir begegnen schliesslich noch folgendem Einwande: Wenn in Abs. 2 nicht ein kausales Unterlassen gemeint ist, so enthält er eine ungerechte Härte gegen den Beschädigten, es fehlt an einem hinreichenden Grunde, diesen mit Nachteilen zu belegen, wenn auch er den Schaden nicht abwenden konnte.

Abs. 2 statuirt, wie Cohn[2] zutreffend ausführt, eine Fürsorgepflicht des Beschädigten im Interesse des Schuldners. Er soll eine Anzeige machen, damit dieser als voll verantwortlich für den hohen Schaden erscheint, nachdem er die Höhe erfahren hat. Rechtsgrund des Wegfalls oder der Minderung der Ersatzpflicht ist die Nichterfüllung der Fürsorgepflicht und im letzten Grunde wieder der Vorstoss gegen Treu und Glauben, der darin zu erblicken ist, dass man Ersatz fordert, obwohl man nicht den Versuch gemacht hat, sich oder das Seinige vor Schaden zu bewahren, ein Versuch, der nach Lage der Sache als durchaus aussichtsvoll erscheinen musste. Mit den letzten Worten deuten wir schon auf die allerdings notwendige Beschränkung hin; denn wir sind weit davon entfernt, zu behaupten, dass jedes passive Verhalten pflichtwidrig sei. Von dieser Einschränkung wird an anderer Stelle geredet werden.

1) Vgl. Endemann, Einf. I, S. 594 u. 599; in Abs. 2 ist nicht das vorwiegende Verursachen, sondern das überwiegende Verschulden zu berücksichtigen.

2) Cohn, a. a. O. S. 120.

Bei Entstehung des Schadens.

Wir kehren nun zu Abs. 1 zurück: Die Mitwirkung des Beschädigten muss erfolgt sein „bei Entstehung des Schadens".

Endemann[1] gibt eine sehr anschauliche Übersicht über die verschiedenen Phasen der Schadenswirkung. Er unterscheidet:

1. Die den Erfolg hervorrufenden Ereignisse: Die einleitende Kausalreihe.

2. Der die Tat vollendende erste Erfolg, wo die Tat in die fremden Rechtsgüter einschlägt.

3. Die weiterleitende Kausalreihe unter Eingreifen neuer Ursachen (besser: Mitursachen).

Die Schadenserklärung ist abgeschlossen, wenn die ausgelöste Kausalreihe sich verlaufen hat.

Es ist festzustellen, wann frühestens, wann spätestens die Mitwirkung des Beschädigten erfolgt sein muss. Die Entstehung des Schadens beginnt bei Punkt 1: Die Mitwirkung muss also mindestens eins der den Erfolg hervorrufenden Ereignisse sein. Ob sie vor oder nach der Handlung des Täters erfolgt, ist gleichgültig. Die Gesetzesworte dürfen vor allem nicht so verstanden werden, dass der Schaden zur Zeit der Mitwirkung im Entstehen begriffen sein müsse.

Die Entstehung des Schadens hört auf mit dem Abschluss der Schadenswirkung auf die Rechtsgüter des Beschädigten, des schädlichen Verlaufes der Kausalreihe, nicht, wie Endemann[1] meint, mit dem die Tat vollendenden ersten Erfolge. Er bezeichnet die nach-

---

1) Endemann, a. a. O. S. 732.
2) a. a. O. S. 757.

trägliche Vergrösserung des Schadens durch den Beschädigten als einen Fall, der nicht unter § 254 falle; denn der Beschädigte sei in diesem Umfang selbst kausal. Er behauptet also damit, dass durch das Eingreifen des Beschädigten stets der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Gegners und dem weiteren Schaden unterbrochen werde. Dem können wir nicht beistimmen. In vielen Fällen wird zwar Endemanns Ansicht zutreffend sein, eine derartige allgemeine Regel lässt sich aber nicht aufstellen. Die Mitwirkung muss also erfolgt sein, bevor die Schadenswirkung abgeschlossen ist.[1]

§ 3.

Das Verschulden des Beschädigten.

Verschulden gegen Andere und eigenes Verschulden.

Schuld ist nach Croissant[2] „ein rechtswidriges Verhalten, wodurch ein fremdes Recht verletzt wird". Wesentliche Voraussetzung einer Schuld ist nach ihm die Verletzung eines fremden Rechts: ohne Verletzung fremden Rechts keine Schuld. Auch Dernburg[3] sieht in dem Verschulden einen rechtsverletzenden Willensfehler.

Die Verletzung eines Rechtes durch den Rechts-

1) Vgl. v Leyden, a. a. O. S. 46: Das Verschulden des Beschädigtenhat bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt, sofern nur der endgültige Schaden mit dem schuldhaften Verhalten des Beschädigten im Kausalzusammenhange steht.

2) Croissant, Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit, S. 11.

3) Dernburg, Pandekten I, S. 196.

inhaber selbst erzeugt kein objektives Unrecht, sie ist nicht rechtswidrig. Inhalt eines Rechts ist ja ein Wollendürfen von grösserem oder geringerem Umfange, innerhalb dieses Kreises herrscht aber die plena potestas domini. Verletzung, Vernichtung des Rechtes oder Rechtsgutes durch den Rechtsinhaber selbst ist nur eine Ausübung der ihm zustehenden Willensmacht.

Rechtswidrig handeln heisst: gegen das Recht, entgegen seinen Vorschriften handeln. Diese verbieten nur, eine fremde Rechtssphäre ohne Befugnis anzutasten; solange sich jemand innerhalb der eigenen Rechtssphäre hält, handelt er nicht gegen das Recht.

Eine Rechtspflicht, sich nicht zu verletzen, würde eine unerhörte Beschränkung dieser Macht darstellen. Die Rechtsordnung würde dem Rechtsinhaber nehmen, was sie ihm eben gewährt hat. Man vergegenwärtige sich nur diesen Widerspruch. § 903: „Der Eigentümer einer Sache kann mit der Sache nach Belieben verfahren," aber „er darf sie nicht beschädigen etc.".

Das Gesetz würde also sich selbst widersprechen, wenn es eine solche Rechtspflicht statuierte.[1] Dass er sie statuiert habe und zwar in § 254, ist behauptet worden.[2] Wir sind aber mit v. Leyden[3] der Ansicht, dass diese Folgerung, die sich nur auf § 254 selbst gründet, eine unzulässige petitio principii darstellt.

Würde das Verschulden stets Rechtswidrigkeit des Tuns, objektives Unrecht zur Voraussetzung haben, so könnte man demnach allerdings von einem „eigenen"

1) v. Liszt, Delikts Obl. S. 83, 84, ist anderer Meinung.
2) v. Liszt, a. a. O. S. 84.
3) v. Leyden, a. a. O. S. 53, vgl. Gottschalk, a. a. O. S. 70.

Verschulden, ein Verschulden gegen sich selbst nicht reden.

Dieser Ansicht ist Croissant. „Verschulden ist ein rechtsbildender Begriff, denn es erzeugt (aus der Verletzung fremden Rechts, weil fremdes Recht verletzt ist) eine Obligation (des verletzten Rechtsinhabers), eigenes Verschulden (das keine Obligation erzeugt) ist ein rein tatsächlicher Begriff, der lediglich die auf natürlichen Gesetzen beruhende Wechselwirkung zwischen Handlung und Erfolg, also zwischen Ursache und Wirkung andeutet". [1]

Croissant betrachtet das eigene Verschulden als einen rein tatsächlichen, mechanischen Vorgang, an den sich keinerlei rechtliche Folgen knüpfen könnten. Betrachtet man daraufhin den § 254 BGB., so wird man es wohl schwerlich für erforderlich halten, diese weitgehende Behauptung zu widerlegen. Seine Ansicht ist unrichtig. Er geht von einer unrichtigen Praemisse aus: Ohne Verletzung fremden Rechts, keine Schuld.

Warum knüpft die Rechtsordnung an die schuldhafte Verletzung fremden Rechts die Verpflichtung zur Schadloshaltung des Verletzten? Nicht, weil, wie Croissant meint, durch die schuldhafte Handlung eine Verbindlichkeit eingegangen ist, sondern weil sie ihm aufgezwungen ist, und er wird — auch gegen seinen

1) Croissant, a. a. O. S. 16: „Wie das Licht an der Kerze erlischt, wenn man es mit dem Löschhorn berührt, so erlischt der juristische Funken im Begriffe Schuld, wenn man ihn mit dem Begriffe: „eigen" in Berührung bringt, der Begriff: „eigen" ist das Löschhorn, der Begriff Eigenschuld die ausgelöschte Kerze." Leider wird durch solche poetische Vergleiche ein Beweis noch nicht geführt.

Willen — zur Restitution gezwungen, weil der Gesetzgeber das Verhalten des Täters missbilligte. Wir bestreiten aber, dass die Rechtsordnung nur die Verletzung fremden Rechts missbillige. v. Leyden[1] definiert zutreffend: Schuld ist ein von der Rechtsordnung gemissbilligtes Verhalten.[2] Die Rechtsordnung kann Grund haben, auch ein Verhalten, das sich nicht als Verletzung fremden Rechts darstellt, zu missbilligen.

Die schuldhafte Verletzung fremden Rechts wird gemissbilligt 1. wegen des rechtswidrigen Erfolges 2. wegen der subjektiven Beziehung des Täters zu dem objektiven rechtswidrigen Tatbestande.

Dem schuldhaft Handelnden wird eine Ersatzpflicht, also ein Nachteil auferlegt, weil in seinem Tun der sittliche Unwert seiner Persönlichkeit hervortrat; denn es zeugt von einer fehlerhaften Willensbeschaffenheit, wenn jemand bewusst und mit Willen den Andern schädigt, oder die pflichtgemässe Sorgfalt vernachlässigt, die von ihm wohl zu erwartende Anspannung der Geisteskräfte versäumt (Dernburg, Pand. I, S. 196). Grund der Missbilligung seines Verhaltens ist also die subjektive Beziehung des Täters zu einem Erfolge, den die Rechtsordnung nicht billigte. Die Verletzung fremden Rechtes — die ohne Befugnis erfolgt — wird stets gemissbilligt. Hierin liegt der Unterschied von der

1) v. Leyden, a. a. O. S. 54.

2) v. Leyden, ebenda, verweist mit Recht auf § 228 letzt. Satz, und 1611 BGB. „Wer durch sittliches Verschulden bedürftig geworden ist," und folgert daraus, dass das BGB. vom Verschulden spricht, wenn es sich nicht um die Verletzung fremden Rechts handelt, sondern um ein „vom objektiv sittlichen Standpunkte" gemissbilligtes Verhalten. Vgl. Cosack, Bürg. Recht, I, S. 235.

Verletzung eigener Rechtsgüter: Der Gesetzgeber hat bei dieser im allgemeinen keine Veranlassung, seine Missbilligung auszusprechen. Erst wenn der verletzte Rechtsinhaber von einem Andern Ersatz des von ihm mitbewirkten Schadens verlangt und nach allgemeinen Regeln verlangen kann, nimmt die Rechtsordnung Veranlassung, das Verhalten des Beschädigten selbst bei Entstehung des Schadens einer Kritik zu unterziehen.

Aus welchem Grunde die Mitwirkung des Beschädigten gemissbilligt werden kann, wird sogleich erörtert werden, u. E. kann sie gemissbilligt werden, wie die Verletzung fremden Rechts. Ist dies der Fall, steht ferner der Beschädigte selbst in subjektiver Beziehung zu dem Erfolge, so liegt eine Schuld im technischen Sinne vor. Folge dieser Schuld ist nicht die Auferlegung eines Nachteils, sondern die Entziehung seines ihm sonst zustehenden Ersatzanspruchs; denn die Ersatzforderung dessen, der selbst in culpa ist, ist dolos.

Es fragt sich, warum und aus welchem Grunde die Rechtsordnung veranlasst wird, die Verletzung eigenen Rechtes zu missbilligen.

Wir betonen nochmals: es ist das gute Recht eines Jeden, in seinem Eigen nach Willkür zu schalten, aber wenn er Ersatz eines von ihm mitverschuldeten Schadens fordert, so wird ihm entgegnet: Du forderst Ersatz, weil von deinem Interessenstandpunkt das Verhalten des Beklagten zu missbilligen ist. Von diesem Standpunkte aus erscheint dein Verhalten aber ebenso tadelnswert. Aus diesem Grunde verstösst deine Forderung wider Treu und Glauben.

Grund der Missbilligung seitens der Rechtsordnung ist also die Missbilligung vom eigenen Interessenstandpunkt des Täters.

Eigenes Verschulden ist ein Verhalten in eigenen Angelegenheiten, das vom eigenen Interessenstandpunkte des Handelnden nicht gebilligt werden kann.[1]

Es kann nicht geleugnet werden, dass sich das eigene Verschulden von dem Verschulden im gebräuch-

1) v. Leyden, a. a. O. S. 54. Vgl. Zitelmann, Recht des BGB. S. 166: Das eigene Interesse und auch eine sittliche Pflicht gebieten dem Menschen, ein guter Haushalter zu sein, Negligenz in eigenen Angelegenheiten ist unmoralisch, Nichterfüllung der dem Menschen auferlegten sittlichen Pflichten.

Ferner ebenda S. 167: Man betrachtet es als ethische Pflicht des Menschen gegen sich selbst, dass er sich nicht selbst Nachteile zufüge und missbilligt das Verhalten dieses Menschen daher von dessen eigenem Interessenstandpunkte aus.

Mit Obigem stimmen folgende Entscheidungen des Reichsgerichts überein: 1. RG. in der Jur. Wochenschr. 1902, Beil. 270. Diese Vorschrift setzt wie der Rechtssatz quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligetur damnum sentire keineswegs ein Verhalten des Beschädigten voraus, welches gegenüber irgend einem Andern eine kontraktliche oder ausserkontrakliche Rechtswidrigkeit enthält, es genügt vielmehr, wenn der Beschädigte dasjenige Mass von Aufmerksamkeit nicht betätigt hat, das nach Lage der Sache zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten war.

2. RG. Bd. 52, S. 351: „Wer pochend auf die Schadensersatzpflicht eines Andern, jede Massregel zur Abwendung oder Minderung eines ihm drohenden Schadens unterlässt, der verstösst wider Treu und Glauben, wenn er gleichwohl den vermeidlich gewesenen Schaden von dem Andern ersetzt verlangt. Dieser Verstoss wider Treu und Glauben ist es, den das Gesetz als Verschulden bezeichnet. (Dieser letzte Satz ist nicht ganz korrekt. Es soll damit dasselbe gesagt werden, wie oben: Das vorangehende Verhalten des Beschädigten ist schuldhaft; diese Schuld hat zur Folge, dass die Ersatzforderung als wider Treu und Glauben verstossend erscheint.)

lichen Sinne unterscheidet. Wir hoben das oben auch schon hervor. Die Verletzung fremder Rechte ist rechtswidrig, die Ersatzpflicht die Unrechtsfolge; Verletzung eigenen Rechts wird wie die Rechtswidrigkeit als vom objektiv sittlichen Standpunkt verwerflich, auch stets gemissbilligt, aber die Rechtsordnung hat keine Veranlassung dies auszusprechen, es sei denn, dass von einem Andern Ersatz gefordert wird; die Ersatzpflicht fällt nicht weg, weil als Folge der Schuld die rechtliche Lage des Beschädigten sich verschlechtert, sondern weil die Forderung unter diesen Umständen dolos ist.[1]

1) Gegen die Lehre Zitelmanns und Rümelins, der wir folgten, polemisiert in längeren Ausführungen Gottschalk in seinem kürzlich erschienenen Buche: Das mitw. Verschulden des Beschäd. S. 72 ff. Er meint, dass das eigene Verschulden gemissbilligt werde, weil es Rechts- und Verkehrspflichten verletze, welche eine Rücksichtnahme auf andere Personen verlangen; es werde also sowohl vom eigenen Interessenstandpunkte gemissbilligt, enthalte aber auch einen Verstoss gegen fremde Interessen; denn die der eignen Sphäre unterworfenen Rechtsgüter seien mit Rücksicht auf das dem Beschädigten erwachsene Recht nicht mehr unbeschränkt der eigenen Verfügung unterworfen. Wie und warum ein solches beschränkendes Recht des Beschädigers angenommen werden könne, verschweigt Gottschalk. U. E. erwachsen aus Rechtsverletzungen nur Pflichten des Verletzenden, keine Rechte.

Er ist auch den Beweis für seine Behauptung schuldig geblieben, es bestehe eine Rechtspflicht des Beschädigten, den Schädiger in seiner rechtlichen Lage nicht zu beeinträgtigen. Inwiefern durch die Mitwirkung eine Beeinträgtigung des Andern erfolgt, sagt G. wieder nicht und doch ist es der wesentlichste Punkt. Wir bestreiten, dass durch eine Mitwirkung des Beschädigten die rechtliche Lage des Schädigers beeinträchtigt wird, denn seine Ersatzpflicht mindert sich ja oder fällt sogar weg. (§ 254.)

Eigenes Verschulden ist also ein Verschulden im technischen Sinne und setzt wie dieses voraus:

1. einen objektiven Tatbestand,
2. eine subjektive Beziehung zu demselben.

Auf beide muss die Missbilligung sich beziehen.

Fehlt die subjektive Beziehung, ist die Mitverursachung also eine bloss zufällige oder kann aus anderen Gründen die Herbeiführung des Erfolges dem Beschädigten nicht zugerechnet werden, so liegt keine Eigenschuld vor, die ethische Pflicht, von der Zitelmann spricht, ist dann nicht verletzt; denn wie „das Unrecht ohne Zurechnung nicht mehr Unrecht ist" (Hasse, culpa S. 42) und jemand die Folgen eines rechtswidrigen Verhaltens nur dann tragen muss, wenn er „als moralische Ursache" des durch ihn herbeigeführten Erfolges angesehen werden kann (Hasse, ebenda § 13 S. 61), so auch ohne eine persönliche innere Beziehung zu dem Erfolge keine Eigenschuld.

Subjektive Beziehung des Beschädigten zu dem Erfolge.

Handlungsunfähigkeit.

Der Beschädigte steht in subjektiver Beziehung zu dem Erfolge, wenn er voraussah oder voraussehen konnte, dass als Folge seines Verhaltens eine Verletzung seiner Rechtsgüter eintreten werde. Dadurch, dass er dennoch so handelt oder ein Tun pflichtwidrig unter-

Zur Annahme einer Rechtspflicht gegen den Verletzenden kann man nur mittels einer verkünstelten Zugrundelegung von Pflichten gelangen. Diesen Satz Rümelins (a. a. O. 172) hat Gottschalk unfreiwillig wahr gehalten.

lässt, tritt seine fehlerhafte Willensbeschaffenheit, sein moralischer Unwert zu Tage, sei es auch nur, dass er aus Willensschwäche die gehörige Anspannung seiner Geisteskräfte[1] unterlässt. Wegen dieses sittlichen Defektes, das in dem Tun oder Unterlassen hervortritt, wird dasselbe vom eigenen Interessenstandpunkt aus und daher auch von der Rechtsordnung gemissbilligt.

Nun ist es doch klar, dass man von einem Willensfehler nur dann sprechen kann, wenn die Person diejenige moralische und intellektuelle Reife besitzt, die sie zu einem selbstbestimmten freien Tun befähigt. Diese seelische Tätigkeit, ohne welche Willensfreiheit nicht denkbar ist, kann sich in unreifen oder kranken Menschen nicht entwickeln.

Daher kann ein Kind unter 7 Jahren, ein Geisteskranker niemals schuldhaft handeln, ihnen gegenüber ist ein Einwand aus § 254 stets unzulässig; denn es fehlt mit der Möglichkeit der freien Willensbestimmung auch die Möglichkeit einer subjektiven Beziehung des Täters zu dem Erfolge. „Ihre Handlungen gelten als ein Spiel der Naturgewalt, da sie der Direktion gesunder oder entwickelter Geisteskraft nicht unterstehen".[2] [3]

---

1) Dernburg, Pand. I, S. 196.

2) Dernburg, Pand. I, S. 126.

3) Abw. Croissant, (in seiner oben zitierten Schrift), Endemann, a. a. O. S. 595, Rümelin, a. a. O. S. 315, übereinstimmend v. Leyden, Zitelmann, Schollmeyer, Cohn, Gottschalk, S. 79, v. Weinrich. Die Haftpflicht wegen Körperv. u. Tötung eines Menschen, S. 85. Titze, Unmöglichkeit, S. 135, vor allem RG. Bd. 51, S. 275: Das Verschulden setzt auch hier nicht unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus, auch in dieser Beziehung kommt auf Personen, die das siebente, aber nicht das

Wann ist aber ein „Beschädigter", der das siebente aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, schuldfähig, unter welchen Voraussetzungen verliert er sie, z. B. wegen Geistesschwachheit oder in einem anderen Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit?

Im Gesetz (§§ 827 und 828) ist nur gesagt, welche Personen für einen Schaden, den sie einem Andern zufügen, nicht verantwortlich sind. Es fragt sich, ob diese Paragraphen auf die Eigenschuld anwendbar sind.

Das Gesetz verlangt in § 828 als Voraussetzung einer Verantwortlichkeit die zur Erkenntnis derselben erforderliche Einsicht. Das bedeutet nicht: die Person muss wissen, dass sie civilrechtlich haftbar gemacht werden kann, sondern es muss ihr zum Bewusstsein gekommen sein, dass solche Handlungen vom Rechte nicht gebilligt werden; sie muss also das Vermögen besitzen, zwischen Gut und Böse, erlaubt und unerlaubt unterscheiden zu können. Eine solche Person, der diese Einsicht abgesprochen werden muss, besitzt aber auch zweifellos nicht die Einsicht, um erkennen zu können, dass die Rechtsordnung eine Verletzung eigener Rechtsgüter missbilligen könne, dass überhaupt eine sittliche Pflicht bestehe, sich und das Seinige nicht zu verletzen, vielmehr vor Schaden zu bewahren.

Ein Grund, eine grössere oder geringere Reife des Intellekts und Willens beim Beschädigten als bei einem unerlaubt Handelnden zu fordern liegt nicht vor. Die Anforderungen, die in dieser Beziehung an die

achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, § 828 Abs. 2 zur Anwendung. Abweich dagegen LG. Karlsruhe, Bad. Rechtspr. 1901 S. 201, Zeitsch. Das Recht 1901 S. 561.

Person des Handelnden gestellt werden, sind hier wie dort völlig gleich.

Wir schliessen daher: Liegen die Voraussetzungen des § 827 oder nicht diejenigen des § 828 Abs. 2 vor, so ist ein eigenes Verschulden des Beschädigten ausgeschlossen.

Wir haben diese Ansicht nunmehr einigen Einwendungen gegenüber zu verteidigen:

Rümelin[1] behauptet, es ergebe sich aus § 829, dass auch Unzurechnungsfähige schuldhaft handeln könnten.

§ 829 lautet: Wer für einen von ihm verursachten Schaden auf grund der §§ 827, 829 nicht verantworlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert.

U. E. ergibt sich aus dieser Bestimmung grade das Gegenteil. Grund der Ersatzpflicht ist lediglich die Billigkeit: der wirtschaftlich Schwache soll von dem Stärkeren restituiert werden, auch wenn der Starke, als er ihn verletzte, nicht schuldfähig war, sein Verhalten bei zurechnungsfähigen Personen aber schuldhaft wäre. Darin liegt aber doch keineswegs, dass die unzurechnungsfähige Person ihres Verschuldens wegen hafte oder dass ihr Verhalten schuldhaft gewesen wäre, es wird vielmehr gesagt: die Person ist nicht für den

1) Rümelin, a. a. O. S. 316.

Schaden verantwortlich, trotzdem tritt Haftung ein ohne Schuld.

Auch darin können wir Rümelin nicht beistimmen, dass § 829 analog anzuwenden sei, so dass also die Ersatzansprüche eines Unzurechnungsfähigen wegfielen oder gemindert würden, wenn die Billigkeit wegen der überwiegenden Mitverursachung des Beschädigten eine solche Verteilung der Schadenslast erfordere. Gottschalk[1] weist mit Recht darauf hin, dass § 829 als eine Ausnahmebestimmung nicht über den Umkreis ihres Geltungsgebietes erstreckt werden dürfe.

Cohn[2] verlangt Geschäftsfähigkeit des Beschädigten. Da nämlich der Rechtsinhaber bei der Verletzung seines Rechts nicht rechtswidrig handle, also kein Delikt begehe, sei Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt. nicht Deliktsfähigkeit Warum aber grade Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt sein soll, verschweigt uns Cohn. Es scheint fast, als ob er nur die Alternative: entweder Deliktsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit für möglich halte. Geschäftsfähig sein heisst; die Fähigkeit besitzen, durch Rechtsgeschäfte, Rechtswirkungen hervorzurufen. Auch das BGB. behandelt die Geschäftsfähigkeit des Menschen in dem Abschnitt: Rechtsgeschäfte. Ist denn aber die schuldhafte Mitwirkung des Beschädigten etwa ein Rechtsgeschäft? Ihrer juristischen Natur nach nähert sie sich doch mehr dem Begriff des Delikts: bei beiden treten Rechtswirkungen ein entgegen dem Willen oder

1) Gottschalk, a. a. O. S. 79.
2) Cohn, a. a. O. S. 116.

doch ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden. Cohns Ansicht ist nicht begründet und u. E. unrichtig.

Vorsatz, Fahrlässigkeit.

Es wurde oben schon bemerkt, dass die erforderliche subjektive Beziehung des Täters zum Erfolge vorhanden ist, wenn er ihn als Folge seines Verhaltens voraussah oder voraussehen konnte.

Über den Begriff des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit herrscht Streit.

Es würde zu weit führen und den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, wollten wir alle Streitpunkte hier eingehend berühren: wir können uns nur auf einen kurzen Überblick beschränken: Über den Begriff des Vorsatzes bestehen zwei Hauptansichten: Nach v. Liszt[1] ist Vorsatz die Voraussicht des durch die Willensbetätigung bewirkten oder nicht gehinderten Erfolges.

Im Gegensatz hierzu verlangt die zweite Theorie (Hauptanhänger: Olshausen, Seuffert, Lammasch, Dernburg (vgl. bei letzterem, Pand. I S. 196: böswillige Rechtsverletzung) ein bewusstes Wollen des Erfolges.

Eine grosse praktische Bedeutung können wir dieser Streitfrage nicht beimessen: wer den Erfolg voraussieht, und dennoch handelt, wird regelmässig auch den Erfolg wollen. Jedenfalls hat die Vorstellungstheorie grosse Vorzüge vor der andern. Dieser innere physische Vorgang, den wir „wollen“ nennen, entzieht sich völlig unserer Wahrnehmung. Man kann nur aus

1) v. Liszt, Strafrecht S. 148.

anderen Willensäusserungen auf ein Wollen des konkreten Erfolges schliessen, und dieser Schluss ist stets mehr oder weniger unsicher. Mit ziemlicher Bestimmtheit kann man aber annehmen, dass der Täter den Erfolg wollte, wenn er ihn als Folge seiner Handlung voraussah und dennoch handelte. Auf diesen Umstand müsste man fast immer eine dahingehende Feststellung gründen, es ist daher auch nicht einzusehen, welche praktische Bedeutung der Streit haben sollte.

Fahrlässig handelt, war bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Erfolg voraussehen konnte.

Das Mass der zu beobachtenden Diligenz soll demnach der Verkehr bestimmen, es soll nicht darauf ankommen, welche Sorgfalt der Einzelne selbst für erforderlich hält. Auf diesem Standpunkte stand schon das gemeine Recht; es verlangte von jedem die diligentia eines diligens pater familias. [1] Dieser Massstab ist ein abstrakter, es wird gefragt, ob „ein praktischer, den Lebensverhältnissen gewachsener Mensch in gleicher Lage die Verletzung hätte voraussehen oder abwenden können". [2]

Dernburg ist der Ansicht, dass es auf die Beschaffenheit der Person, um die es sich handele, nicht ankomme. Nach einem objektiven Masstabe soll zu bestimmen sein, was jeder Mensch zu leisten hat; erreicht er dieses Durchschnittsmass nicht, so ist er in culpa, ohne Rücksicht darauf, ob er im stande war,

1) l. 12 D. 18,6, l. 65 D. 7,1.
2) Dernburg, Pandekt. I, S. 198.

das Geforderte zu leisten, mochte er sich auch so angestrengt haben, wie es ihm nur möglich war.

Diese Ansicht hat aber grossen Widerspruch gefunden, die Anhänger dieser Lehre haben in der Begriffsbestimmung, die das BGB. (§ 276) gewählt hat, eine ausdrückliche Bestätigung derselben durch den Gesetzgeber gefunden.

Wendt[1] verlangt aber auch für das neue Recht die Abmessung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach einem den individuellen Verhältnissen entsprechenden Massstabe. Massgebend sei, was von Anderen in gleicher Lage (plerique eiusdem condicionis, aetatis, sexus, valetudinis) im Durchschnitt beobachtet werde. Die Gegner wenden ein, dass das Gesetz ausdrücklich ausspreche: Jeder habe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu praestieren, er hafte schlechthin für Nichterfüllung, auch wenn er unvermögend zur Erfüllung sei.[2]

Wir können diese Ansicht nicht für richtig halten. Ein Gesetz, das eine solche „Garantiepflicht" (Linkelmann) aufstellte, wäre grausam. Kann eine solche unvermögende Person, die trotz höchster Anstrengung die an sie gestellten Anforderungen nicht erfüllen kann, kann sie noch als „moralische Ursache" des Erfolges erscheinen? Eine solche Haftung für mangelnde Fähigkeiten, die der betreffende auch durch Selbsterziehung usw. nicht erwerben kann, darf das Gesetz den Schwachen nicht aufbürden. Eine solche Haftung wäre nicht Schuldhaftung, sondern Kausalhaftung.

---

1) Wendt, Arch. f. d. civ. Praxis, 87, S. 422 ff.

2) Titze, Unmöglichkeit, S. 79/82. Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen.

Die Bedenken, welche v. Leyden[1] gegen diese Ansicht, insbesondere hinsichtlich ihrer praktischen Durchführbarkeit hegt, sind allerdings insoweit begründet, als sich nicht feststellen lässt, was jeder einzelne Mensch zu leisten imstande sei. Das verlangen wir auch nicht. Wir verlangen nur, dass man gewisse Kategorien unter den Menschen unterscheidet und an eine zu einer bestimmten Kategorie gehörige Person nur die Anforderungen stellt, die man erfahrungsgemäss an Leute dieser Art billiger Weise stellen darf: z. B. eine Frau besitzt durchschnittlich nicht die Entschlossenheit und Initiative, die den Mann auch im Augenblicke der Gefahr nicht verlassen darf. Was dem Manne daher als Verschulden angerechnet werden muss, ist bei der Frau mit der natürlichen Schwäche zu entschuldigen, wenn es sich um einen Fall handelt, in dem durch entschlossenes Handeln eine Abwendung des Schadens möglich war.

Es lässt sich nicht feststellen, was der einzelne Mensch zu leisten vermag, es fehlt uns der Wertmesser, die Fähigkeit, ihn auf sein Leistenkönnen genau einzuschätzen; ein gewisses Minimum muss daher schlechthin präsumiert werden; wohl aber sind wir imstande, die Eigentümlichkeiten einer bestimmten Gattung von Menschen zu bestimmen, und zwar von Menschen, die sich in gleicher Lage befinden; eiusdem aetatis, sexus, valetudinis ect. Beruht das Unvermögen auf der Leuten in gleicher Lage gemeinsamen Schwäche, so kann die Nichterfüllung der vom Verkehre geforderten

1) v. Leyden, a. a. O. S. 58.

Sorgfalt ihnen nicht zugerechnet werden; denn ultra posse nemo obligatur!

Der Vorsatz und die Fahrlässigkeit müssen sich auf einen Erfolg beziehen, der vorausgesehen wurde oder nicht vorausgesehen ist, aber hätte vorausgesehen werden können. Wegen Deliktes haftbar ist daher nur derjenige, der hätte voraussehen können oder voraussah, dass die Verletzung fremden Rechtsguts eine Folge seines Verhaltens sein werde. Nicht erforderlich ist aber, dass er auch den Umfang der Schadenswirkung übersehen müsse, es muss nur vorhersehbar sein, dass die Tat in fremde Rechtsgüter einschlagen werde.[1]

Der Beschädigte handelte also schuldhaft, wenn er voraussah oder voraussehen konnte, dass die Verletzung eines seiner Güter die Folge seines Verhaltens sein würde. Rümelin[2] meint, es sei nicht Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 254, obwohl man es aus der Fassung des Paragraphen entnehmen könnte (!), dass das Verschulden sich auf den betreffenden ihn selbst schädigenden Erfolg bezogen habe. Er sagt nicht, worauf denn nun das Verschulden des Beschädigten sich beziehen solle; Rümelin bringt folgendes Beispiel: Ein Dieb wird gelegentlich der Ausführung eines Diebstahls infolge eigener Fahrlässigkeit verletzt. Obwohl nun das Verschulden des Diebs sich keineswegs auf die Verletzung seines eigenen Körpers bezogen habe, die betr. Verletzung

1) Es sei gestattet, diesen treffenden Ausdruck Endemanns an dieser Stelle nochmals anzuwenden.

2) Rümelin, a. a. O. S. 140.

vielmehr in keiner Weise vorauszusehen war, würde man doch wohl unter allen Umständen(?) dem Dieb den Schadensersatzanspruch aberkennen.

Worauf bezog sich aber das Verschulden des Diebs? Die Tatsache, dass ihm bei Begehung eines Diebstahls etwas zugestossen ist, setzt den Dieb doch noch nicht in culpa.

Durch ein so allgemein gehaltenes Beispiel wird nichts bewiesen. Zur Aberkennung des Ersatzanspruchs könnte man nur gelangen, wenn man den Tatbestand etwa dahin ergänzte: Der Dieb, mit der Örtlichkeit nicht vertraut, stürzt, nachdem er in das Gebäude eingedrungen ist, durch eine Öffnung, die entgegen einer polizeilichen Vorschrift nicht mit einem Schutzgitter versehen ist.

In diesem Falle bezieht sich das Verschulden des Diebes auf den ihm nachteiligen Erfolg. Denn dieser gehört zu den ständigen Gefahren des Diebsmetiers und war daher von dem Diebe vorauszusehen. Man kann aber doch nimmermehr behaupten, dass alles, was ihm auf seinem Diebszuge zustosse, und durch eine Handlung des Diebes mitherbeigeführt ist, von ihm schuldhaft mitverursacht sei.[1]

1) Rümelin müsste folgerichtig auch folgende Entscheidung gutheissen: Der Dieb will sich mit dem gestohlenen Gute nach Hause begeben. Es ist Winter, es herscht Glatteis. Auf einem weit vom Tatorte gelegenen Bürgersteige, dessen Bestreuung zufällig dem Bestohlenen, als dem Besitzer des an ihm liegenden Hauses obliegt, aber unterlassen ist, kommt der Dieb unverschuldet (in unserm Sinne!) zu Falle und wird schwer verletzt. Es liesse sich juristisch überhaupt nicht rechtfertigen, wollte man dem Diebe, weil er den Hausbesitzer vorher bestohlen hat, den Schadensersatzanspruch aberkennen und doch müsste man das nach Rümelins Ansicht tun!

Wir wiederholen daher: das Verschulden des Beschädigten muss sich auf den ihm nachteiligen Erfolge bezogen haben, d. h. er musste voraussehen können bezw. vorausgesehen haben, dass die Beschädigung eines seiner Rechtsgüter die Folge seines Tuns sein werde.[1]

Zweiter Ausschliessungsgrund der Schuld: Notstand, Zwangslage des Beschädigten.

Verletzung fremder Rechte ist nicht schuldhaft, wenn die Rechtswidrigkeit des Tuns entfällt: Ohne Unrecht keine Schuld. Dies ist der Fall, wenn sich der Täter bei Begehung der kausalen Handlung in Notstand befand und fremde Güter verletzen musste, um sich oder das Seinige vor grösserem Schaden zu behüten.

Demnach kann auch die Verletzung eigener Rechtsgüter nicht mehr schuldhaft sein, wenn sich der Beschädigte bei der Mitwirkung in einer solchen Zwangslage befunden hat.

---

1) v. Leyden, a. a. O. S. 71 ff., stimmt Rümelin zu. Er versteht Rümelin aber so: Das Verschulden des Beschädigten müsse sich nur auf den haftungbegründenden Vorgang, nicht auch auf die weiteren Schadenswirkungen beziehen. Jedenfalls hat Rümelin dann seiner Ansicht einen sehr unklaren Ausdruck gegeben, vor allem ist das Beispiel völlig verfehlt. v Leydens Ansicht stimmen wir, wie sich aus der Darstellung ergibt, völlig zu.

Gottschalk, a. a. O. S. 75, verlangt Voraussicht oder Voraussehbarkeit der schadenden Handlung, u. E. nicht mit Recht, wir verlangen die Voraussicht, dass die Handlung schade. Die Schuld kann nur auf einen Erfolg bezogen werden. Der Täter musste voraussehen oder voraussehen können, dass eine Veränderung in der Aussenwelt, also ein Erfolg Wirkung der Willensbetätigung sein werde. (Vgl. v. Liszt, Strafrecht, S. 149; Cosack, Bürg Recht, S. 235.)

In dem ersten Falle war das Tun nicht mehr rechtswidrig. Verletzung eigener Güter ist aber niemals rechtswidrig. Es fragt sich daher, aus welchen rechtlichen Gründen in einem solchen Falle dem Beschädigten der Vorwurf schuldhafter Mitwirkung nicht mehr gemacht werden kann. Unter Notstand in einem weiteren Sinne verstehen wir einen Zustand gegenwärtiger Gefahr für uns oder unser Vermögen. Dieser Gefahr zu begegnen und zur Abwendung fremde Rechtsgüter zu verletzen, wenn es erforderlich ist, muss das Gesetz gestatten, wenn Höheres, Wertvolleres auf dem Spiele steht. Auf diesem Gedanken beruhen die §§ 228 und 904 BGB. Wie nun, wenn jemand sich oder sein Eigen verletzen muss, um sich aus einer Zwangslage zu befreien?

Beispiel: A wird während eines Spazierritts auf offener Landstrasse, 6 km von der Stadt entfernt, von B verwundet. Eine Arterie wird verletzt, A erleidet grossen Blutverlust. Hülfe ist nicht in der Nähe. Er sucht daher in rasendem Galopp die Stadt zu erreichen. Als er bei dem Hause des Arztes anlangt, bricht das Pferd infolge der Überanstrengung zusammen, es muss getötet werden. A verlangt von B Ersatz des Wertes des Pferdes, den B aber verweigert, weil A bei Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt habe.

A und B haben zweifellos bei Entstehung dieses Schadens mitgewirkt, A weil er das Pferd zu Tode gehetzt hat.[1]

Es wird behauptet, dass die Mitwirkung des A

---

1) Abweichend Gottschalk, a. a. O. S. 22.

Rechtswirkungen überhaupt nicht erzeugt, da sie nicht schuldhaft ist.

v. Leyden[1] hat ein ähnliches Beispiel gebildet und ist zu demselben Resultat gekommen. Er begründet seine Entscheidung jedoch nicht ausreichend. Denn die Erwägung, dass derjenige dem schuldhaft handelnden Dritten gegenüber nicht schlechter gestellt sein dürfe, der, um den infolge der schuldhaften Handlung drohenden Schaden abzuwenden, seine eigene Sache zerstört, als derjenige, welcher eine fremde Sache zerstöre, reicht nicht aus.

Wollte man § 904 entsprechend anwenden, so würde man auch nicht zu diesem Ergebnis kommen: denn die Einwirkung ist zwar nicht rechtswidrig, der Einwirkende hat aber dennoch den Schaden zu ersetzen. Der Eigentümer also, der zur Abwendung gegenwärtiger Gefahr seine Sache zerstört, handelt zwar nicht „ordnungswidrig" (v. Leyden), hat aber, wenn § 904 entsprechende Anwendung finden soll, den Schaden selbst zu tragen.

Wir glauben auf folgendem Wege zum Ziele zu gelangen: Nur eine schuldhafte Mitwirkung des Beschädigten mindert oder tilgt seine Ersatzansprüche, d. h. solange die Verletzung der eigenen Rechtsgüter durch den Inhaber selbst von dessen eigenem Interessenstandpunkte aus zu missbilligen ist.

Wenn kostbare Güter sich in Gefahr befinden — in diesem Falle das Leben! — so wird es vom eigenen Interessenstandpunkte nicht nur nicht gemissbilligt, wenn zur Rettung derselben weniger wertvolle Güter

1) v. Leyden, a. a. O. S. 64.

geopfert werden, sondern das eigene Interesse gebietet uns dies geradezu. — Wird aber die Verletzung nicht mehr gemissbilligt, so ist sie auch nicht mehr schuldhaft.

Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass die Verletzung oder Vernichtung des einen Rechtsguts auch erforderlich war, um das andere zu retten. Ein guter Haushalter gibt ein Gut nicht preis, wenn andere Wege noch offen stehen, er opfert es nicht aus übergrosser Furchtsamkeit und Vorsicht. Trotzdem darf man den Begriff des Notstandes nicht zu eng fassen. Wir bilden folgendes Beispiel:

Die Pferde eines Wagens werden auf einer gefährlichen Alpenstrasse, die sich stundenlang an tiefen Abgründen hinzieht, zum Scheuen gebracht. Das sehr ängstliche Fräulein E. springt von dem in rasender Geschwindigkeit befindlichen Wagen und wird schwer verletzt. Die übrigen Insassen, die ruhig sitzen bleiben, kommen mit dem Schrecken davon, sie werden durch einen wunderbaren Zufall gerettet.

Der Fall unterscheidet sich von dem soeben besprochenen insofern, als bei jenem auch eine objektive nachträgliche Prüfung des Tatbestandes ergab, dass der tolle Ritt, durch den das Pferd zu Grunde ging, seinem Hern das Leben gerettet hat. Fräulein E. wäre dagegen unversehrt geblieben, wenn sie nicht aus dem Wagen gesprungen wäre. Der Sprung aus dem Wagen war daher zur Rettung nicht nur nicht erforderlich, sondern geradezu verderblich.

Beiden Fällen ist jedoch gemeinsam, dass ein Zustand grosser Gefahr vorlag, der nach menschlicher Voraussicht mit einer Katastrophe endigen musste, denn

dass die tolle Fahrt ein so wunderbares glückliches Ende nehmen würde, konnte niemand voraussehen, es war vielmehr sehr wahrscheinlich, dass der Wagen in die Tiefe geschleudert würde. Es fragt sich, ob eine subjektive Prognose vom Standpunkt des Gefährdeten oder eine objektive Retrospektive darüber entscheiden soll, ob die Verletzung erforderlich war oder nicht. Soll letztere massgeblich sein, so hat Fräulein E. schuldhaft mitgewirkt.

U. E. würde diese Entscheidung aber nicht zutreffend sein: die subjektive Prognose des Gefährdeten muss entscheiden. Wie kann man in solchen Augenblicken höchster Gefahr noch auf einen so wunderbaren Ausgang hoffen! Es würde ein Unding sein, wenn das Gesetze forderte, man solle bis zuletzt die Hände in den Schoss legen. Der Gesetzgeber befiehlt vielmehr (Abs. 2) abzuwenden, also nicht abzuwarten, wenn ein Schaden droht. Zu welchen Konsequenzen würde es führen, wenn man immer erst abwarten müsste, ob nicht ein wunderbarer Zufall uns retten wird! Dann hätte der Säumige stets eine Entschuldigung: er habe erst abwarten wollen; also ein Preis für Saumseligkeit, Strafe für energische Vorkehrungen gegen drohendes Unheil!

Freilich kann allzugrosse Furchtsamkeit und zweckloses Handeln auch nicht gebilligt werden. Würde aber ein verständiger Mensch in gleicher Lage ebenso gehandelt haben, so ist die Mitwirkung selbst dann nicht schuldhaft, wenn sich hinterher ergibt, dass dieses Opfer nicht erforderlich war. Benimmt man sich dagegen in der

Not kopflos und unsinnig, so hat das Recht keinen Grund, ein solches Verhalten zu billigen.

Auf demselben Gebiete liegt folgender Fall:

Ein Irrenwärter hat einen Kranken in die Anstalt zu bringen. An einer Strasse, die sie passieren müssen, hat ein Unternehmer ein Grundstück sehr tief ausschachten lassen, die Vertiefung ist aber nicht mit einem Geländer umgeben. Als der Wärter nun mit dem Kranken an diese Stelle kommt, reisst sich der Irre plötzlich los, um in die Tiefe zu springen. Der Wärter erfasst ihn und will ihn zurückreissen, wird aber von dem Tobenden hinabgerissen.

Kann dem Schadensersatzanspruche des Wärters oder seiner Hinterbliebenen gegenüber ein Einwand aus § 254 geltend gemacht werden?

Vom eigenen Interessenstandpunkt des Handelnden ist die Aufopferung für Andere nicht zu billigen. Der Egoist bedauert vielmehr die „Toren", die für Andere ihr Leben auf das Spiel setzen. Dieser Egoismus aber, der auch verbietet, im Kampfe für das Vaterland sein Leben hinzugeben, ist verächtlich, sittlich verwerflich. Wohin würde man kommen, wenn er nur zu entscheiden hätte? Bestrafung der Selbstlosigkeit und edelmütigen Aufopferung, Belohnung der Selbstsucht und Feigheit, also eine Umkehrung aller sittlichen Begriffe.

Die Verletzung des Rechtsgutes durch den Inhaber selbst wird gemissbilligt, weil sie vom eigenen Interessenstandpunkt, und daher auch vom sittlichen Standpunkt nicht zu billigen ist. Der letztere, als der höhere,

übergeordnete, entscheidet im letzten Grunde. Wir schliessen mit folgenden Worten Cohns:[1]

„Werktätige Hülfe für den bedrohten Nächsten ist eine sittliche Pflicht; die sittliche Pflicht, Verletzungen von Rechtsgütern abzuwenden, reicht über die Person des Rechtsinhabers hinaus.“[2 3]

§ 4.

Die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten.

Die Verpflichtung zum Ersatz hängt von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Die schuldhafte Mitwirkung des Beschädigten hat Rechtswirkungen zur Folge, sie sind negativ: der Verletzte kann den Ersatzanspruch unter Umständen nur teilweise oder überhaupt nicht mehr geltend machen;

---

1) Cohn, a. a. O. S. 121.

2) Vgl. auch § 227 Abs. 2 BGB: „Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.“

3) Aus der Judikatur: a) KG. (bei Warneyer A. 1 z. 254): Derjenige, der für die Entstehung einer Gefahr veranwortlich ist, kann sich der Haftung für den bei dem Versuche, die entstehende Gefahr zu verhüten, entstehenden Schaden auch denn nicht entschlagen, wenn der Verletzte zu einem Eingreifen nicht verpflichtet war“.

b) Entsch d. Reichsgericht (D. J. Zt 1902. 115, bei Neumann, S. 164): „Kein mitwirkendes Verschulden des Verletzten, der zwar die Möglichkeit der Verletzung durch eigenes Eingreifen geboten, jedoch in Erfüllung rechtlicher oder sittlicher Pflicht zum Schutze eines Andern gehandelt hat.“

es kann aber auch der Fall eintreten, dass dem Beschädigten der volle Ersatzanspruch verbleibt. Also keine bestimmte Folge der Mitwirkung: es tritt lediglich eine Abwägung ein, die innerhalb eines weiten Rahmens erfolgt. Es ist selbstverständlich, dass diese Verteilung der Schadenslast nicht willkürlich, sondern nach bestimmten Regeln erfolgen muss. Es ist aber streitig, trotz der anscheinend so klaren Fassung des § 254, welches Moment bei dieser Abwägung ausschlaggebend sein soll, ob die Schadenslast nach der vorwiegenden Kausalität oder der vorwiegenden Culpa des einen oder des anderen Teils zu verteilen ist. Es ist sogar behauptet worden, dass nunmehr das Prinzip der Culpakompensation mit Stumpf und Stiel ausgerottet sei und das Verschulden noch nicht einmal zu den „Umständen" gehöre, von denen die Ersatzpflicht abhänge.

Zunächst eine Übersicht über den status controversiae:

Die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller hat als ausschlaggebendes Moment die überwiegende Verursachung anerkannt.

Nach Matthiass,[1] welcher die nächste, wesentliche Bedingung als Ursache bezeichnet, ist die Schadensersatzpflicht des Schädigers gänzlich oder zum Teil ausgeschlossen, je nachdem das schädigende Ereignis und die Handlung des Beschädigten selbst beide in gleichem oder verschiedenem Masse als Ursachen erscheinen oder nur eins von beiden. Ebenso könne es an dem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem

1) Matthiass, Bürg Recht, S. 315.

zu vertretenden Ereignis und dem Erfolge selbst fehlen, wenn der Beschädigte die Abwendung oder Minderung des Schadens unterlassen habe. Also: Wegfall des Schadensersatzanspruchs, wenn der Kausalzusammenhang unterbrochen ist, oder Minderung, wenn der Beschädigte in gewissem Masse die Ursache selbst gesetzt hat.

Cohn[2] entscheidet sich ebenfalls für das Kausalitätsprinzip, ebenso Schollmeyer, Gottschalk.[2] Die Gegner (v. Leyden,[3] Labowski, Cosack[4]) halten hingegen an dem Prinzip der Kulpakompensation fest; eine Mittelmeinung endlich (Oertmann)[5] entscheidet sich für ein Nebeneinandergehen beider Prinzipe.

Das Reichsgericht hat sich in einem überaus dunklen Satze zu der Frage geäussert: der für die Ersatzpflicht erforderliche ursächliche Zusammenhang wird vom Rechte nicht mehr anerkannt, wenn der Schaden von dem Beschädigten hätte abgewendet werden können und müssen (RG. Bd. 46, S. 207). Die Entstehungsgeschichte des § 254 gibt den Ersteren Recht. § 222 des I. Entwurfs lautete: „Hat bei der Entstehung des von einem Andern verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falls zu ermessen, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatze verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob

1) Cohn, a a. O. S. 117.
2) a. a. O. S. 99.
3) v. Leyden, a. a. O. S. 49.
4) Cosack, Bürg. Recht, I, S. 318.
5) Recht der Schuldverhältnisse, S. 17.

und inwieweit das Verschulden des Andern oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat.

An die Stelle des Schlusssatzes sind die Worte getreten: „Inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist."

Es ist klar, dass hiermit mehr als eine bloss redaktionelle Änderung beabsichtigt wurde. Nach der neuen Fassung soll in erster Linie die vorwiegende Verursachung entscheiden. Diese Erkenntnis enthebt uns aber nicht einer weiteren Prüfung, denn es ist nicht Rechtens, was die Redaktoren eines Gesetzes zum Ausdruck zu bringen beabsichtigten.

Bei dieser Frage treffen die entgegengesetzten Anschauungen über den Rechtsgrund der sog. Culpakompensation zusammen. Matthiass erklärt, wie wir sehen, die Rechtswirkung des konkurrierenden Verschuldens lediglich mit der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs; der Wegfall der Ersatzpflicht ist eine notwendige Folge; denn es fehlt nunmehr eine wesentliche Voraussetzung der Ersatzpflicht eines Andern.

Man hält also: „überwiegend verursachen" für identisch mit: „allein verursachen". Das hat auch Birkmeyer gelehrt und in der Tat sehen viele in diesem Schlussatze eine Anerkennung der Birkmeyerschen Lehre.

Wir hatten aber oben schon nachgewiesen, dass die Birkmeyersche Lehre nicht zutreffend ist. Man kann die einzelne Bedingung niemals als die Ursache eines Ereignisses bezeichnen; sieht man trotzdem eine menschliche Handlung als die Ursache an, so ist dies nur ein Ergebnis unserer Reflexion, berührt aber den

Zusammenhang der Dinge an sich nicht. Es wird aber bestritten, dass uns die anscheinend wirksamste Bedingung allein als die Ursache erscheine. Es ist ferner bestritten worden, dass überhaupt eine Bedingung mehr als die übrigen zur Herbeiführung des Erfolges beitragen könne; denn die Bedingungen eines Erfolges sind hinsichtlich ihrer Kausalität gleichwertig. Sie mögen nicht gleichwertig sein hinsichtlich ihrer Intensität und Energie. Die kausale Leistung sowohl des an Intensität stärksten bedingenden Ereignisses als des Ereignisses, welches nur $^1/_{1000}$ der Bedingungen setzt, ist nur die, dass durch die Einzelkraft die Gesamtkraft, die Gesamtwirksamkeit aller Bedingungen in Bewegung gesetzt wird. Eine Differenziierung hinsichtlich der kausalen Bedeutung ist unmöglich, ohne die kleinste Bedingung überhaupt kein Erfolg.

Nun wohl, wird darauf entgegnet, mag auch die Birkmeyersche Theorie sehr anfechtbar sein, der Gesetzgeber hat sich jedenfalls zu gunsten derselben entschieden; man hat sich damit abzufinden.[1]

Diese Resignation ist nicht nötig; denn der Gesetzgeber hat sich nicht für diese Theorie erklärt.

In unserer Reichsgesetzgebung findet sich an keiner Stelle eine authentische Erklärung darüber, unter welchen Voraussetzungen das Gesetz einen Kausalzusammenhang für vorliegend erachte. Sollte es sich grade diese zu einer solchen Erklärung so wenig geeignete Stelle ausgewählt haben, um in dieser Frage das gewichtigste Wort zu sprechen? Dann musste man folgerichtig dem Birkmeyerschen Kausalitätsbegriff auf dem Gebiete

1) v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 81.

des ganzen Civilrechts die uneingeschränkte Herrschaft einräumen. Aber das tut man nicht. Die Handlung des Andern würde sonst sehr wohl als kausal angesehen werden, nur wenn eine Handlung des Beschädigten konkurriert, soll sie nicht mehr kausal sein, ein offenbar sehr sonderbares Resultat. v. Leyden[1] fragt mit Recht: „Bei diesem rein objektiven Momente soll es einen Unterschied machen, wenn der Mittäter zugleich Beschädigter ist?“

Das Gesetz spricht aber von Mitwirkung, also Mitverursachung, setzt demnach voraus, dass beide verursacht haben. Wo bleibt da der Birkmeyersche Kausalitätsbegriff? Das Gesetz kann doch unmöglich in derselben Bestimmung zwei grundverschiedene Kausalitätsbegriffe zur Anwendung bringen wollen. Diesen Einwand setzen wir auch Matthiass entgegen. Das Gesetz setzt einen Kausalzusammenhang voraus, folglich kann es nicht hinterher erklären, dass es einen Kausalzusammenhang nicht mehr für vorliegend erachte, da der eine oder andere im Sinne einer der Kausalitätstheorieen allein verursacht habe.

U. E. kann daher die Kompensation nicht auf der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs beruhen. Als wesentlichste Folgerung ergiebt sich daraus, dass bei vorwiegender Verursachung des einen oder anderen Teils die Ersatzpflicht nicht notwendig wegfallen muss.

Was bedeutet nun aber „vorwiegend verursachen“? v. Leyden[2] geht davon aus, dass eine vorwiegende Verursachung nicht denkbar sei und es Grade des Ver-

1) v. Leyden, a. a. O. S. 52.
2) a. a. O. S 49 ff.

ursachens nicht gebe. Es bleibt daher, so schliesst er, die Berücksichtigung des Schuldmoments das einzig Mögliche. Auch Labowsky erblickt in dem Ausdruck „vorwiegend verursacht“ nichts anderes als eine Breviloquenz für „durch überwiegendes Verschulden verursacht“.

Wäre diese Ansicht richtig, so müsste den Redaktoren eine Ungenauigkeit und Oberflächlichkeit zum Vorwurf gemacht werden, die nicht ihresgleichen hätte. Man nimmt an, dass „überwiegend verursacht“ identisch mit „durch überwiegendes Verschulden verursacht“ sei. Solche Auslegungsversuche überraschen durch ihre Kühnheit. Und aus welchem Grunde hält man sie für nötig? Weil es eine überwiegende Verursachung nicht giebt.[1] Diesen Standpunkt haben wir

1) v. Leyden (a. a. O. S. 51) führt noch folgendes an Nach § 840 haften, wenn für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden Mehrere verantwortlich sind, diese Mehrere als Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber, in ihrem Verhältnis zu einander dagegen nach § 426 Abs. 1 zu gleichen Teilen. Wenn z. B. A. den Sohn des C, B. zu einer fahrlässigen Tötung des C. anstiftet (?), so haften A. und B. der Witwe des C. als Gesamtschuldner, untereinander zu gleichen Teilen. Klagt nun B., der Sohn des C., auf Grund des § 844 gegen A., dann sollte, fragt Leyden, mit einem Mal untersucht werden, wer den Schaden vorwiegend verursacht hat,

Nun, mit demselben Rechte könnte man auch ausrufen: Warum mit einem Male die Abwägung des Verschuldens? Als Mittäter haften sie doch nach § 840 solidarisch, im Verhältnis zu einander zu gleichen Teilen, wenngleich der eine vorsätzlich: der andere nur leichtfahrlässig gehandelt hat. Wir sehen nichts Befremdliches darin. Die überwiegende Verursachung kann nur dann berücksichtigt werden, wenn derjenige, der überwiegend verursacht hat, Ersatz fordert; denn nur in diesem Falle hat der Gesetzgeber Veranlassung, aus der vorwiegenden Verursachung Rechtswirkungen gegen den Fordernden herzu-

ebenfalls vertreten; wir glauben aber trotzdem auch ohne eine eigenmächtige Änderung der Gesetzesworte zu einem befriedigenden Resultate gelangen zu können.

Wiederholt ist hier behauptet worden, dass die Bedingungen eines Erfolges hinsichtlich ihrer kausalen Bedeutung völlig gleichwertig sind. Die Ereignisse, welche die Bedingungen setzten, sind gleichwertig, soweit ihr Bedingungsverhältnis in Frage kommt; in dieser Beziehung kann von einer vorwiegenden Verursachung nicht gesprochen werden. Sieht man aber von dem Bedingungsverhältnisse, der kausalen Beziehung der bedingenden Ereignisse zum Erfolge ab und vergleicht sie dann miteinander, so wird man finden, dass jedes Ereignis an Intensität und Kraft, die ihm innewohnen, von dem anderen verschieden ist. Das möge folgendes Beispiel erläutern: Zwei Leute haben einen Granitblock auf einen Berg zu schaffen. Der eine, ein überaus starker Mensch, bringt ihn ohne Hülfe vorwärts, bedarf aber der Unterstützung des Anderen nur insofern, als dieser nach jeder Umwendung ein Eisen unterlegen muss, damit der Stein nicht wieder herabrollt.

Als Bedingungen sind beide Handlungen völlig gleichwertig; denn wenn der Zweite nicht das Eisen untergelegt hätte, wäre der Block unzweifelhaft wieder herabgerollt. Die Handlungen sind aber hinsichtlich der bei ihnen aufgewendeten Kraft und Energie verschieden. Diejenige, welcher wir die grössere

---

leiten: seine Forderung ist dolos. Fordert der eine aber nur Ausgleichung gemäss § 426 Abs. 1, so klagt er aus einem ganz anderen Rechtsgrunde, diese Forderung ist nicht dolos.

Intensität beimessen, nennen wir die „grössere", die überwiegende Ursache, und zwar soll das nicht heissen: die Handlung ist kausalar als die andere, denn es gibt keine Grade der Kausalität, wohl aber gibt es Intensitätsgrade, und die Überlegenheit des Ereignisses an Intensität meinen wir, wenn wir von der „grösseren Ursache" sprechen.

Diese Abschätzung entspricht der Anschauung des täglichen Lebens. Man spricht sogar von „kleineren" und von „grösseren" Ursachen. Für Birkmeyers Theorie lässt sich daraus aber kein Argument herleiten. In der Sprache des täglichen Lebens lassen sich so viele Unrichtigkeiten und Ungenauigkeiten nachweisen, dass wir auch dies ruhig zu ihnen rechnen können, nachdem wir den Beweis der Unrichtigkeit oben erbracht haben. Der Laie will durch diesen Ausdruck nur andeuten, dass das eine Ereignis dem andern an Intensität überlegen ist, und dieser nichttechnischen, aber eingebürgerten Ausdrucksweise ist u. E. der Gesetzgeber in dem Schlusssatze des Abs. 1 gefolgt.

Es fragt sich nur: Wann ist ein Ereignis als „vorwiegende Ursache" in diesem Sinne anzusehen? Man kann die Intensität nicht messen. Es ist aber wohl möglich, die Regeln festzustellen, welche jener Vorstellung zu grunde liegen: Sie beruht auf einem Vergleich zwischen dem Zustande, der bestehen würde, wenn das Ereignis nicht eingetreten wäre und dem wirklich vorhandenen Zustande;[1] je weiter sich der vorgestellte

---

1) Diesen Vergleich benutzt Schmidt, die sog. Culpakompensation, gelegentlich der Besprechung der Birkmeyerschen Theorie, also anders, wie es hier geschieht.

Zustand infolge der Ausscheidung jenes Ereignisses von dem wirklichen entfernt, je unähnlicher er wird, desto wesentlicher ist das Ereignis; es ist das ausschlaggebende, die „grössere Ursache", wenn durch sein Ausscheiden der Abstand des gedachten Zustandes von dem wirklichen grösser wird, als beim Ausscheiden des andern Ereignisses. Eine solche Abwägung ist u. E. in § 254 gemeint. Da sie gebräuchlich ist, wird die Anwendung derselben in der Praxis nicht so grosse Schwierigkeiten bereiten, wie man vielfach geglaubt hat. Gewiss, nach bestimmten, mechanisch zu handhabenden Regeln wird die Entscheidung nicht zu suchen sein; dass das Grössenverhältnis aber auch nicht willkürlich bestimmt werden kann, geht aus Vorstehendem hervor. Erfahrung, praktischer Blick werden den Richter am sichersten leiten. Er hat hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden. (§ 287 CPO.) Das Ergebnis ist demnach folgendes:

Der Beschädigte verliert im Falle vorwiegender Verursachung den Ersatzanspruch, nicht weil durch seine Handlung der Kausalzusammenhang zwischen dem Erfolge und der Handlung eines Dritten unterbrochen ist oder weil seine Handlung der des Gegners an kausaler Bedeutung überlegen ist, sondern weil nach der Auffassung des täglichen Lebens seine Handlung als ausschlaggebend angesehen wird und der Gesetzgeber die Ersatzforderung unter diesen Umständen als einen so groben Verstoss gegen Treu und Glauben ansieht, dass er ihm den ganzen Anspruch aberkennt.

Daher die besondere Hervorhebung durch das

Wörtchen: insbesondere. Man darf diesem Worte aber auch nicht eine zu starke Bedeutung beimessen, also nicht etwa in dem Sinne: der Richter müsse in erster Linie, bei Vermeidung einer Verletzung des Gesetzes, die vorwiegende Verursachung berücksichtigen. Das wäre ja geradezu ein Argument für die Birkmeyersche Theorie: Der Gegner kann nicht mehr haftbar gemacht werden, weil seine Handlung nicht mehr als Ursache erscheint.

Eine solche Bedeutung hat das Wort „insbesondere" nicht. Dagegen spricht die offenkundige Absicht des Gesetzgebers, dem richterlichen Ermessen den freiesten Spielraum zu gewähren, damit die Entscheidung der Eigenart des konkreten Falles vollauf gerecht werden kann. Man berücksichtigt die Fassung des § 254 nicht, den man nicht so lesen darf: „Hat bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz insbesondere (nur, in erster Linie) davon ab, inwieweit der eine oder andere Teil den Schaden vorwiegend verursacht hat, dann auch von den (übrigen) Umständen". Wäre diese Auslegung richtig, so dürfte man nicht mehr von einer Entscheidung nach freiestem Ermessen des Richters reden. Sie ist aber unrichtig; denn sie wird erst möglich, wenn man den Wortlaut des Gesetzes verschiebt und dazu ist man nicht befugt.

Was bezweckt aber denn der Gesetzgeber mit der Hervorhebung der „Verursachungsteilung"?[1] — Ein

1) Endemann, a. a. O. S. 590. Wir gebrauchen diesen Ausdruck nur der Kürze halber. Aus der Darstellung geht hervor, dass wir Endemanns Lehre von der „Verursachungsaufteilung" durchaus nicht billigen.

Beispiel leitet das Wort „insbesondere“ offenbar nicht ein. Wir haben die Antwort schon gegeben: Er erblickt in der Ersatzforderung des Beschädigten den gröbsten Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn dieser vorwiegend verursacht hat. Das soll auch als Regel für den Richter gelten. Dieser hat aber trotzdem immer zu prüfen, ob auch unter den Umständen des konkreten Falls dieser Verstoss so gross erscheint, dass der Ersatzanspruch ganz oder zum Teil wegfallen muss. Es können auch andere wichtige Umstände vorliegen, die zu gunsten des Beschädigten, zu ungunsten des Gegners sprechen. Diese Erwägungen konnte und wollte der Gesetzgeber nicht abschneiden. Es wäre unsinnig, zu sagen: Die Forderung des Beschädigten verstösst unter allen Umständen gegen Treu und Glauben, wenn er vorwiegend verursacht hat. Das ist Sache des Einzelfalls. Allerdings will der Gesetzgeber, wenn besondere Umstände nicht vorliegen, von diesem Umstande den Ersatzanspruch abhängig machen, das soll die Regel bilden; wann aber diese besonderen aussergewöhnlichen Umstände vorliegen, hat der Richter im Einzelfalle zu bestimmen. Es herrscht somit doch freiestes Ermessen des Richters.

Unter die übrigen „Umstände“ ist vor allem die Schwere des beiderseitigen Verschuldens zu rechnen. Rümelin[1] hält mit Recht die Abwägung des Verschuldens für unentbehrlich, und wir können nicht einsehen, weshalb, wie Schollmeyer meint,[2] das

1) Rümelin, a. a. O. S. 314; übereinst. Planck, Dernburg, Enneccerus (S. 405), Rehbein (S. 63), Cosack (S. 318).

2) Schollmeyer, a. a. O. S. 43.

Prinzip der Kulpakompensation nicht neben dem Verursachungsprinzipe bestehen könne. Wir glauben sogar, dass in der Praxis vorwiegend nur eine Abwägung des Verschuldens vorgenommen wird; der Wortlaut des Gesetzes steht dem nicht entgegen. Wir stimmen hierin mit v. Leyden überein, der aber auf anderem Wege zu diesem Resultate kommt. Die Praxis wird eben der Aufforderung des Gesetzgebers, „insbesondere" die überwiegende Verursachung zu berücksichtigen, nicht nachkommen, ohne sich mit dem Gesetz in Widerspruch zu setzen.[1]

Der Richter wird also die Grade des Verschuldens in erster Linie berücksichtigen und wird, wie v. Leyden[2] richtig vorschlägt,

1. den Ersatzanspruch in vollem Umfange zulassen, wenn das Verschulden des Ersatzpflichtigen bedeutend überwiegt,
2. den Umfang des Ersatzanspruchs verringern, wenn auch das Verschulden des Beschädigten als bedeutsam erscheint,
3. den Ersatzanspruch überhaupt verwerfen, wenn das Verschulden des Geschädigten bedeutend überwiegt.

Hierin stimmen wir mit v. Leyden überein. Wir müssen ihm aber widersprechen, wenn er behauptet, dass überhaupt nur das Verschulden zu berücksichtigen sei, die Erwähnung der „Umstände" überflüssig sei. Abgesehen von der vorwiegenden Verursachung könne als solche „Umstände" noch in betracht kommen:

1) Vgl. Gottschak, a. a. O. S. 102.
2) a. a. O. S. 53.

die Beweggründe zum Handeln, insbesondere Chikane, oder Entschuldbarkeit des Tuns vom menschlichen Standpunkte.[1]

Der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängt von den Umständen ab . . .

Nach den Kommissionsprotokollen[2] hat der Richter festzustellen, welcher Teil des entstandenen Schadens auf den dem Beschädigten zur Last fallenden Mangel an nötiger Sorgfalt zurückzuführen sei; denn: „der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängt insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist".

Die Aufgabe, welche hier dem Richter zugewiesen wird, kann unmöglich von ihm erfüllt werden.

Es ist vorausgesetzt, dass beide den Erfolg verursacht haben, dass also sowohl die Handlung des Beschädigten, als auch die des Angreifers Bedingungen des Erfolges sind. Dann soll nach der Auffassung der Protokolle zu ermitteln sein, welchen Teil des Erfolges jeder verursacht hat, also wenn A und B durch gemeinsam geführte Schläge einen Nagel in eine Wand eingetrieben haben, bis zu welcher Tiefe A, und bis zu

1) Vgl. Holniger, Das Recht, 1901. S. 223 (bei Neumann, a. a. O. S. 165): „§ 254 findet auf den Regelfall des Duells Anwendung. Das Gericht muss den gesamten Tatbestand nach der Schuldseite hin prüfen; in zahlreichen Fällen werden hier die Regeln des Taktes, des Anstands, der gesellschaftlichen Sitte entscheidend werden," Dies ist zweifellos richtig. Hat der getötete oder verletzte Duellant durch grobe Provozierung, Verstoss gegen Regeln des Anstandes den Streit verschuldet, so kann wegen „dieses Umstandes" ihm oder den Hinterbliebenen ein Ersatzanspruch nicht zuerkannt werden.

2) Protokolle S. 200.

welcher B den Nagel eingetrieben hat. Man könnte folgende Rechnung aufstellen: die Intensität der Tätigkeit des sehr kräftigen A ist im Verhältnis zu der des schwächlichen B gleich 5 : 1 oder A hat 80 %, B nur 20 % der zur Herbeiführung des Erfolges erforderlichen Energiesumme aufgebracht. Folglich hat A $^4/_5$, B $^1/_5$ des Erfolges 1 verursacht. Diese Rechnung ist aber unrichtig. Hat B nur $^1/_5$ des Erfolges verursacht, so hat er demnach bei der Verursachung der obigen $^4/_5$ nicht mitgewirkt, jeder hat also für seinen Teil allein verursacht. Es war aber vorausgesetzt, dass beide den ganzen Erfolg 1 verursacht haben; nur wenn man von dieser Voraussetzung abweicht, kann man zu jenem Resultate gelangen; eins schliesst das andere aus. Es ergiebt sich hieraus, dass ein einheitlicher Erfolg unteilbar ist und nicht in Einzelerfolge zerlegt werden kann. Nimmt man nach der Energie der bedingenden Ereignisse eine Teilung vor, so übersieht man, dass jede Handlung den ganzen Erfolg bedingt und dass, wenn eine derselben fehlte, ein Erfolg, auch ein Teilerfolg überhaupt nicht eingetreten wäre.

Die Vorschrift hat einen andern Zweck. Der Gesetzgeber will durch sie die Freiheit des richterlichen Ermessens erweitern, indem er ihn zu einer den Umständen angemessenen Minderung der Ersatzpflicht berechtigt. Dieses Recht des Richters, den Umfang des zu leistenden Ersatzes nach freiem Ermessen, und zwar den Umständen angemessen, zu bestimmen, ist sehr zweckmässig. Es giebt viele Fälle, in denen die Aberkennung des ganzen Ersatzanspruchs sehr unbillig wäre, in denen es aber andererseits dem Billigkeitsgefühle widerspräche, wenn

dem Beschädigten trotz seines tadelnswerten Verhaltens der ganze Anspruch erhalten bliebe. Diesen Fällen will die neue Bestimmung gerecht werden und wird es auch; denn sie giebt dem Richter die Möglichkeit, jedes Für und Wider, ähnlich wie bei der Strafzumessung im Strafrecht, zu berücksichtigen und im Urteil zur Geltung zu bringen.

§ 5.

Der Absatz 2 des § 254.

Einleitend seien die oben gewonnenen Resultate wiederholt: Die Unterlassungen des Abs. 2 sind auch dann rechtlich bedeutsam, wenn sie nicht kausal sind, d. h. wenn der Erfolg trotz der Tätigkeit des Beschädigten eingetreten wäre.

Der Gesetzgeber legt dem Inhaber eines Rechtsguts in Abs. 2 eine Pflicht zum Handeln schlechthin auf. Diese Pflicht ist eine Fürsorgepflicht des Beschädigten im Interesse des Schuldners (Cohn). Dass es sich hier nicht um eine Pflicht im technischen, sonst gebräuchlichen Sinne handelt ist schon hervorgehoben worden.[1] Wer jede Massregel zur Abwendung und Minderung eines ihm drohenden Schadens unterlässt, der verstösst wider Treu und Glauben, wenn er hinterher den Ersatz des Schadens vom Anderen begehrt.[2]

Es wäre aber unsinnig, wollte man dem Beschädigten lediglich aus dem Grunde, weil er sich passiv verhalten hat, den Schadensersatz ganz oder zum Teil aberkennen.

1) Vgl. Matthiass, a. a. O. S. 315.
2) Vgl. RG. Bd. 52, S. 351.

Man müsste dann, um dem Vorwurf der Passivität zu entgehen und zum Ersatze zu gelangen, in jedem Falle, auch wenn keine Rettung möglich ist, irgendwie sich betätigen. Das wäre geradezu lächerlich. Das Gesetz verlangt derartige aussichtslose Bemühungen natürlich nicht. Es ist also eine Einschränkung vorzunehmen und zwar nach zwei Richtungen: hinsichtlich des Eintritts und des Umfangs der Pflichten.

Die Anzeigepflicht.

Die Anzeigepflicht tritt ein, wenn die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens droht, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste.

Diese Pflicht liegt dem Rechtsinhaber ob, auch wenn die Erfolglosigkeit der Anzeige offenkundig ist. Im Gesetze findet sich kein Anhalt für eine dahingehende Einschränkung, und dem Einwande, dass eine solche Bestimmung doch gar keinen Sinn habe, begegnen wir mit der Antwort, dass sie nicht nur den Zweck verfolgt, den Angreifer abzuschrecken.

Sie ist vor allem eine Fürsorgebestimmung im Interesse des Gegners. Er kann in diesem Falle nur dann haftbar gemacht werden, wenn er die ungewöhnlichen Folgen seiner Handlung voraussehen konnte. Sie will also bewirken, dass der Täter der Tragweite seiner Handlung bewusst ist, und ist eine Fürsorgebestimmung in seinem Interesse, weil die Haftung nur eintritt, wenn er für den verursachten Erfolg voll verantworlich erscheint. Das ist nur dann der Fall, wenn er sämtliche Folgen voraussah oder voraussehen konnte. Eine solche Rücksicht wird auf den Beschädiger sonst

nicht genommen. Ist Schuld Voraussetzung der Haftung, so genügt es, wenn der Täter den ersten Erfolg, den „Haftung begründenden Vorgang“[1] voraussehen konnte. Er ist also verantwortlich, wenngleich er sämtliche Folgen nicht voraussah. Daran ändert auch diese Bestimmung nichts. Dennoch behaupten wir, dass man — wir sehen von der lex lata ab — jemanden für sämtliche Folgen seiner Handlung nur dann verantwortlich machen kann, ihn auch als die moralische Ursache derselben betrachten kann, wenn er sie voraussehen konnte. Erkannte er sie nicht, so entsprang sein kausales Tun nicht seiner fehlerhaften Willensbeschaffenheit, und es entfällt damit der Grund, sie ihm zuzurechnen: sie sind zufällige Folgen.

Wenn er trotzdem nach unserem Rechte auch für solche Folgen haftbar gemacht wird, so hat dies darin seinen Grund, dass in erster Linie der Verletzte restituiert werden muss. Da der Täter voraussehen konnte, dass eine Verletzung einer fremden Rechtssphäre eintreten werde, ist er dem Schaden näher als der Andere: es wäre ungerecht, wollte man dem Verletzten einen Teil der Schadenslast aufbürden, weil der Andere nicht alle Folgen seines Tuns voraussehen konnte; er möge eben jeden Eingriff in die fremde Rechtssphäre unterlassen. Erst wenn die Verweigerung der Restitution des Verletzten diesem gegenüber keine Unbilligkeit mehr enthält, lässt das Gesetz den Täter nur für die voraussehbaren Folgen haften: die Verweigerung ist nicht mehr ungerecht, wenn dem Verletzten die Pflicht oblag, den Täter auf die Folgen

1) Rümelin, a. a O. S. 67.

seines Handels aufmerksam zu machen und er diese Pflicht nicht erfüllte.

Im übrigen wird sich nicht schwer feststellen lassen, wann die Anzeigepflicht eintritt.

Die Frage, wann ein Schaden ein „ungewöhnlich hoher“ genannt werden kann, lässt sich nicht allgemein beantworten. Man denkt dabei vorzugsweise an die Verletzung von Gütern, deren realer Vermögenswert sehr bedeutend ist. Das ist aber u. E. nicht allein massgeblich. Wir fassen den Begriff: ungewöhnlich hoher Schaden relativ auf. Ungewöhnlich hoch ist der Schaden, der ein auf grund der herrschenden Sachlage objektiv als wahrscheinlich berechnetes Schadensmaximum infolge eigenartiger, dem Unbefangenen unbekannter Umstände weit übersteigt. Man hat also zu fragen: wie hoch ist der Schaden, der als Folge einer Verletzung dieser Art gewöhnlich einzutreten pflegt? und, wenn der Schaden im konkreten Falle höher ist, ist der Unterschied sehr erheblich?

Die Beziehung auf die Vermögensverhältnisse der Parteien halten wir für verfehlt.[1] Wir wüssten nicht, wie man zu entscheiden hätte, wenn der Täter arm, der Beschädigte reich ist oder umgekehrt.

Einige sind der Ansicht,[2] dass die Anzeigepflicht nur innerhalb bestehender Schuldverhältnisse eintrete, d. h. wenn ein Schaden infolge Nichterfüllung eines Vertrages drohe. Das Gesetz rede nämlich nur von dem „Schuldner“, den der Beschädigte auf die Höhe des Schadens aufmerksam zu machen habe.

---

1) Abw. Gottschalk, a. a. O. S 90, Begründung fehlt.
2 Planck, A 3 zu § 254.

Bevor wir auf dieses Argument eingehen, fragen wir: Welche sachlichen Gründe könnten den Gesetzgeber veranlassen, die Anzeigepflicht auf bestehende Schuldverhältnisse zu beschränken? Planck[2] gibt zur Antwort: der Vorschrift liege der Gedanke zu grunde, dass bei obligatorischen Rechtsverhältnissen der Gläubiger nach Treu und Glauben verpflichtet sei, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Daher finde sie nur auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Verträgen Anwendung.

Wir vermögen nicht einzusehen, weshalb nur bei dieser Art obligatorischer Rechtsverhältnisse Treu und Glauben zur Geltung kommen sollen: der Grundsatz des § 242 beherrscht doch das ganze Obligationenrecht, was sich aus seiner Stellung im allgemeinen Teil des 2. Buches ergibt, also auch das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Plancks sachliche Begründung können wir daher nicht für ausreichend halten.

Aus dem Umstande allein, dass das Gesetz von „Schuldner" spricht, kann noch nicht gefolgert werden, dass es nur den wegen Nichterfüllung eines Vertrages zum Ersatze des Schadens Verpflichteten meine. Allerdings ist der Gegner zu der Zeit, wenn der Schaden erst droht, noch kein Schuldner; denn ein Schuldverhältnis entsteht erst mit der Vollendung der Tat. Mit demselben Rechte kann man aber auch sagen, dass zu dieser Zeit auch ein „Beschädigter" noch nicht vorhanden ist. Einer so peinlich genauen Ausdrucksweise kann der Gesetzgeber nicht immer sich bedienen.

2) ebenda.

Man tut gut, derartige gesuchte Unterscheidungen nicht in das Gesetz hineinzukonstruieren; denn es entspricht garnicht der Gepflogenheit des Gesetzgebers, durch die verschiedene Benennung des Ersatzpflichtigen den rechtlichen Grund der Ersatzpflicht anzudeuten. Das ergiebt ein Vergleich des § 255 mit § 250; in ersterem spricht er von dem „Ersatzberechtigten", in letzterem von dem „Gläubiger"; es kann aber nicht zweifelhaft sein, dass beide Bezeichnungen sachlich identisch sind.[1] Das nehmen wir auch in diesem Falle an, denn: „lege non distinguente, nec nostrum est distinguere".[2 3]

Die Pflicht zur Abwendung und Minderung des Schadens.

Es ist oben ausgeführt worden, dass dem Rechtsinhaber vom eigenen Interessenstandpunkte ein Handeln geboten ist, wenn seinem Gute Gefahr droht. Untätigkeit ist von diesem Standpunkte selbst dann nicht zu billigen, wenn zwar eine nachträgliche objektive Prüfung ergiebt, dass der Schaden nicht abzuwenden oder zu mindern war, jedoch ihm und jedem Andern damals als die Gefahr drohte, die Abwendung möglich, der Abwendungs- oder Minderungsversuch aussichtsvoll erscheinen musste.

Aus den letzten Worten geht hervor, dass wir ein Tätigwerden in jedem Falle nicht verlangen. Eine solche Forderung wäre geradezu unsinnig; sondern die

1) Vgl. Cohn, a. a. O. S. 122.
2) Cohn, ebenda.
3) Wie hier Cohn, a. a. O. S. 122, Gottschalk, a. a. O. S. 88, Schollmeyer, § 254 A. 6a.

Pflicht zur Abwendung und Minderung tritt nur dann ein, wenn einem, der ruhig und verständig die Sachlage zur kritischen Zeit geprüft hätte, die Abwendung oder Minderung möglich erscheinen musste; denn wenn sie einem verständigen Menschen unmöglich erschien, so ist sie auch vom eigenen Interessenstandpunkte nicht geboten.[1]

Wir führen so allerdings das kausale Moment wieder ein, aber nicht indem wir eine objektive nachträgliche Prognose unter Berücksichtigung aller, auch vorher nicht bekannter Umstände entscheiden lassen, sondern die Überzeugung eines diligeus vir, der sich zur kritischen Zeit in der Lage des Beschädigten befunden haben würde, dass die Tätigkeit erfolgreich sein werde. Diese Beschränkung ergiebt sich aus der Natur der Sache: es wäre unsinnig, eine Tätigkeit zu verlangen, wenn Aussicht auf Erfolg nicht vorhanden ist. Andernfalls aber kann sein gleichgültiges passives Verhalten nicht gebilligt werden, und die Folge der Missbilligung ist die Aberkennung des Ersatzanspruchs, dessen Geltendmachung nunmehr wider Treu und Glauben verstösst.

Umfang der Abwendungs- und Minderungspflicht.

Die Abwendungs- und Minderungspflicht ist sicherlich erfüllt, wenn alles getan ist, was ein diligeus vir getan hätte, der sich in der Lage des Beschädigten befunden haben würde. Genau kann der Umfang der

1) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, S. 76: „Es kann vom Beschädigten gefordert werden, was er voraussichtlich tun würde, um dem Schaden zu begegnen, wenn er niemanden hätte, der ihm für denselben aufkommt."

Pflicht durch eine allgemeine Regel nicht bestimmt werden. Der Richter hat vielmehr nach freiem Ermessen im Einzelfalle zu bestimmen, was der betr. Person billigerweise zugemutet werden konnte. Es kann nicht Absicht des Gesetzgebers sein, von dem Beschädigten Anstrengungen zu verlangen, die er nur unter grossen Opfern und Gefahren machen konnte. Ein Gesetz, welches solches verlangte, wäre ein Schirm für Frevler und Rechtsverächter, die sich durch geschickte Einwendungen leicht ihren Verpflichtungen entziehen könnten.

Der Beschädigte braucht vielmehr nur das zu tun, was ihm mit Rücksicht auf seine Verhältnisse billigerweise zugemutet werden kann: der Schwache braucht nicht das zu leisten, was man nur von einem Stärkeren verlangen kann, ein vielbeschäftigter Gewerbetreibender braucht nicht seine wichtigeren Geschäfte liegen zu lassen.

Ablehuung einer Operation.

Von diesem Gesichtspunkte ist auch die vielumstrittene Frage zu beurteilen, ob ein Verletzter sich einer Operation unterziehen müsse.

Wie sich aus dem oben Gesagten ergiebt, ist die Ablehnung schuldhaft — und zwar wie jede andere Unterlassung des Abs. 2, — wenn sich bei regelmässigem Verlaufe der Dinge Aussicht auf Erfolg bot.[1] Bei dieser Art der Unterlassung ist sodann insbesondere zu beachten, dass dem Verletzten nicht zu viel zugemutet werden darf. Es kann nicht von ihm verlangt werden, dass er sich gefährlicher, ja sogar lebensgefährlicher

1) Vgl. Entsch. d. RG. bei Seuffert, Bd. 46, Nr. 189 I u. II.

Operationen unterziehe.[1] Bei ihnen ist die Aussicht auf Erfolg zudem stets gering. Aber auch weniger gefährlichen Operationen braucht er sich nicht immer zu unterziehen. Individuelle Eigentümlichkeiten sind in weitgehendstem Masse zu berücksichtigen z. B. hochgradige Nervosität, krankhafte Furcht vor Operationen, schwache Körperkonstitution; solchen Personen die Duldung einer Operation bei Verlust des Schadensersatzes anzubefehlen, wäre hart und grausam.[2]

Das Verschulden.

Mit besonderer Sorgfalt hat der Richter in den Fällen des Abs. 2 zu prüfen, ob der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, das zu tun, was ihm geboten war.

Der Umfang der Pflicht wird objektiv bestimmt, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falles wird festgestellt: was war zu tun? Ist die Pflicht nicht, oder nicht in diesem Umfange erfüllt, so erhebt sich die weitere Frage: Ist diese Nichterfüllung darauf zurückzuführen, dass der Beschädigte die Sorgfalt und Aufmerksamkeit, die man von Jedem verlangt, in diesem Falle ausser Acht gelassen hat?

Der Hauptfall der nicht schuldhaften Unterlassung

---

1) Vgl. die vorgenannte Entscheidung des Reichsgerichts

2) Vgl. zu dieser Frage: I. Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation. II. Matthiass, a. a. O. S. 315. Schollmeyer, a. a. O. S. 45, 46. v. Leyden, a. a. O. S. 76. Gottschalk, a. a. O. S. 95. Bernhöft, zitiert bei Neumann: „Es kommt darauf an, wie sich ein sorgsamer, seiner Verantwortlichkeit voll bewusster Mann unter Abwägung der zu erwartenden Vorteile und der Gefahr entscheiden würde, wenn er selbst den Schaden zu tragen gehabt hätte

ist der des subjektiven Unvermögens des Beschädigten, welches er nicht zu vertreten hat, z. B. Abwesenheit, physisches Unvermögen. Er hat das Unvermögen nicht zu vertreten, wenn der Zustand unabhängig von seinem Willen eingetreten ist oder er ihn zwar selbst herbeiführte, zu dieser Zeit aber trotz Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt nicht erkannte oder erkennen konnte, dass er in die Lage kommen würde, seine Rechtsgüter zu schützen oder zu verteidigen.

Es ist aber schwer zu bestimmen, wann dieses Erkennen möglich war.

Man kann von dem Beschädigten nicht verlangen, dass er fortwährend auf dem qui vive steht. Verletzungen von Rechtsgütern können in jedem Augenblicke eintreten, und zwar unerwartet. Man kann nicht fordern, dass sich der Rechtsinhaber mit Rücksicht auf diese stets präsente Möglichkeit einer Gefährdung Beschränkungen in seiner Lebensweise, seiner Bewegungsfreiheit auferlege. Der Grad der Möglichkeit muss ein schon ziemlich hoher sein, wenn diese Beschränkungen für ihn Pflicht werden sollen: nur wenn die Gefahr schon drohte und er dennoch angesichts der nahen Gefahr den Zustand herbeiführte, handelte er schuldhaft.

Die Untätigkeit ist ferner dann nicht schuldhaft, wenn der Beschädigte zwar imstande war zu handeln, jedoch trotz Anwendung aller Sorgfalt nicht erkannte, dass die Pflicht zum Handeln eingetreten war.

Dies ist z. B. der Fall, wenn er ohne Schuld sich in Unkenntnis über die Höhe des ihm drohenden Schadens befand oder wenn er nach Lage der Sache

annehmen musste, dass der Gegner die Gefahr des ungewöhnlich hohen Schadens kannte.

Es wird vom Beschädigten verlangt, dass er diejenigen Massregeln trifft, die ein verständiger Mensch ergreifen würde. Durch sinnloses Hin- und Herrennen erfüllt er seine Pflicht noch nicht.

Man darf aber hinterher auch nicht zu streng urteilen und zu hohe Anforderungen stellen.

Es lässt sich nach dem Unglück leicht feststellen, auf welche Weise am zweckmässigsten der Gefahr hätte entgegengewirkt werden können. Es wäre aber durchaus unrichtig, wollte man jeden Fehler, den der Beschädigte bei den Rettungsversuchen macht, sofort auf einen Mangel an gehöriger Sorgfalt zurückführen. Es ist vielmehr in Erwägung zu ziehen, dass der Bedrohte sich im Augenblicke der Gefahr meistens in grosser Aufregung und Verwirrung befindet, möglichst schnell zu helfen sucht und oft auch nicht die Zeit hat, lange zu säumen und erst darüber nachzudenken, wie er am zweckmässigsten der Gefahr begegnen würde. Leichtsinniges, unüberlegtes Handeln soll natürlich auch nicht gebilligt werden. Man darf aber dem Beschädigten eine Schuld nicht beimessen, wenn er sich so verhalten hat, wie jeder verständige Mensch in seiner Lage sich benommen hätte, wenngleich sich später herausstellt, dass die Abwendung oder Minderung des Schadens auf andere Weise mit grösserem Erfolge bewerkstelligt worden wäre.

§ 6.

Die Haftung des Beschädigten für das Verschulden Dritter.

Abs. 1.

§ 254 schliesst mit den Worten: „§ 278 findet entsprechende Anwendung."

§ 278 handelt von der Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters und derjenigen Personen, deren er sich bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

Die oben citierten Worte bilden den Schlusssatz des Abs. 2 des § 254, beziehen sich daher auch nur auf Abs. 2. Diese Ansicht hat Widerspruch gefunden. Man[1] hat gegen sie angeführt, dass das Unterlassen dem Tun gleichstehe, es daher nur folgerichtig sei, wenn man die entsprechende Anwendung des § 278 in allen Fällen des § 254 gelten lasse.

In der Tat ist, wie Rospatt[2] mit Recht hervorhebt, ein innerer Grund für diese Verschiedenheit nicht ersichtlich.

Es ist aber nicht die Aufgabe der Auslegung, ein Gesetz zu verbessern, wenn seine Bestimmungen nicht folgerichtig sind. Der oben citierte Schlusssatz kann äusserlich nur als Anhängsel zu Abs. 2 erscheinen. § 254 kann daher hinsichtlich der Anwendung des § 278 nur wie oben geschehen, ausgelegt werden. § 278 könnte auch auf Abs. 1 nur dann erstreckt werden, wenn die Absicht des Gesetzgebers, die entsprechende Anwendung soweit auszudehnen, im Gesetze

---

1) v. Leyden, a. a. O. S. 80.
2) Rospatt, i. d. Recht VI. Jahrg. Nr. 40, 96.

klaren und deutlichen Ausdruck gefunden hätte (Rospatt a. a. O.). Das kann man bei dieser Fassung des § 254 nicht behaupten.[1]

Man hat ersucht, eine Haftung des Beschädigten für das Verschulden Dritter auf andere Weise zu rechtfertigen. Man geht davon aus,[2] dass „Verschulden des Beschädigten" bedeute: „Das von dem Beschädigten zu vertretende — fremde oder eigene Verschulden." Eine solche Vertretungspflicht bestehe auf grund des § 831 BGB. „Nach dem in Gemässheit dieses Paragraphen zum Gesetz erhobenen Grundsatz sei, auch ausserhalb der Erfüllung eines Kontraktverhältnisses, im Verhältnis zu einem Dritten jeder von einem Angestellten in Ausübung seiner Verrichtung verschuldete Schaden so anzusehen, als ob er vom Herrn selbst verschuldet wäre" (Rospatt a. a. O.).

Dieser Ansicht können wir nicht beitreten.

Die Haftung des Geschäftsherrn tritt nach § 831 nur ein, wenn der Angestellte in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich Schaden zufügt. Der Geschäftsherr hat demnach das Verschulden des Angestellten nicht schlechthin im Verhältnis

1) Rospatt, a. a. O., wie hier Planck, Endemann u. folg. Entscheidung des OLG. Hamburg (Bd. II, S. 456 d. Rechtspr. der OLG.): Ein dem Kläger gehöriges Pferd, das von dessen Kutscher geführt wird, ist durch Verschulden des Beklagten beschädigt worden; nach dessen Behauptung aber unter gleichzeitigem Verschulden des klägerischen Kutschers.

Der hierauf gestützte Einwand des Beklagten wurde vom OLG. Hamburg aus dem Grunde zurückgewiesen, weil ein konkurrierendes Verschulden des Klägers selbst nicht vorliege. Der Kutscher könne daher nur selbständig als Mittäter nach § 830 in Anspruch genommen werden.

2) Neumann, Kommentar A. 2 z. 254, Rospatt, a. a. O.

zu jedem Dritten zu vertreten, sondern nur dem Dritten gegenüber, der durch das Verschulden des Angestellten verletzt ist.[1] Würde der Beschädigte auf grund dieser Bestimmung für einen Angestellten haften, so könnte § 831 demnach nur entsprechende, nicht direkte Anwendung finden; nach Rospatts eigenen Worten ist die entsprechende Anordnung aber nur zulässig, wenn diese Absicht des Gesetzgebers in klarer und unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht ist. Da jeder Hinweis fehlt, wissen wir nicht, wie Rospatt seine Ansicht seinen eigenen Worten gegenüber aufrecht halten kann.

Eins darf allerdings nicht übersehen werden: der Geschäftsherr haftet für ein Verschulden seines Angestellten, wenn er nicht bei der Auswahl oder Beaufsichtigung die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Er hat in diesem Falle aber eigenes Verschulden zu vertreten. Dies gilt natürlich auch für den Beschädigten.[2] Sein Verschulden wird jedoch nicht, wie in § 831, präsumiert, er hat sich daher auch nicht zu exkulpieren, sondern der Gegner ist beweispflichtig.

Die entsprechende Anwendung des § 278 in Abs. 2 des § 254.

Unter einer „entsprechenden Anwendung" des § 278 verstehen wir eine solche, die den Bestimmungen des Abs. 2 am meisten „entspricht". Es sind demnach

1) Vgl. Heuer, D. Recht, ebenda S. 147.

2) Rospatts abfällige Kritik des oben bezeichneten Urteils ist nicht gerechtfertigt. Er meint, dass in jenem Falle der Einwand aus § 254 zuzulassen war, auch wenn man den hier vertretenen Standpunkt einnehme. Es hätte daher Beweis

Anderungen vorzunehmen. Es ist aber selbstverständlich, dass nicht willkürlich geändert werden darf. Auch bei einer entsprechenden Anwendung müssen die wesentlichen Bestandteile der anzuwendenden Bestimmung erhalten bleiben. Diese sind daher zunächst zu ermitteln. Als solche wesentlichen Bestimmmungen des § 278 sind zu bezeichnen :

1. dass mit der Haftung für Dritte nur bestimmte, im Gesetz genau bezeichnete Personen beschwert sind,
2. dass der Kreis der Personen, für deren Verschulden gehaftet wird, genau abgegrenzt ist. Es wird noch zu untersuchen sein, ob die Gesichtspunkte, die in § 278 für die Abgrenzung massgebend sein sollen, es auch bei der entsprechenden Anwendung bleiben. Wir werden sogleich darauf zurückkommen.

Es ist schliesslich wesentlich, dass für das Verschulden dieser Personen in gleichem Umfange wie für eigenes gehaftet wird; auf ein Verschulden des Schuldners selbst, in eligendo seu custodiendo, kommt es garnicht an; selbst der Nachweis der eigenen Schuldlosigkeit befreit ihn nicht.

Dass in § 254 nur der Beschädigte mit der Haftung für Dritte beschwert werden soll, ist unzweifel-

---

derüber erhoben werden müssen, ob den Kläger selbt ein Verschulden in eligendo, custodiendo trifft.

Nach dem von Rospatt selbst mitgeteilten Tatbestande ist deartiges nicht behauptet worden. Der Einwand gründet sich lediglich auf das Verschulden des Kutschers, und dieses Vorbringen involviert nicht die Behauptung, dass dem Herrn selbst ein Verschulden zur Last falle.

haft; denn die Haftung des Gegners für das Verschulden Dritter ist schon in den §§ 278 und 831 geregelt. v. Leyden[1] weist mit Recht darauf hin, dass, wenn man die Vorschrift des § 278 im Falle des § 254 ganz strikt anwende, also nur in Beziehung auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit, dies bezüglich des Ersatzpflichtigen nur eine selbstverständliche Anwendung der allgemeinen Regel des § 278 bedeuten würde; wende man sie aber „entsprechend", d. h. nicht nur in Beziehung auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezüglich des Ersatzpflichtigen an, so würde man ihn in weiterem Umfange als sonst haften lassen, nur weil zufällig ein eigenes Verschulden des Beschädigten konkurriere. Das ist allerdings widersinnig.

Die Abgrenzung des Kreises der Personen, für deren Verschulden gehaftet wird, erfolgt in § 278 nach dem Verhältnis der Person zu dem Schuldner. Er umfasst, abgesehen von dem gesetzlichen Vertreter, diejenigen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, die er also kraft eigenen Willens zur Mitarbeit herangezogen hat. Dieses Willensmoment, wenn wir es so nennen dürfen, erachten wir für unentbehrlich; mit seinem Ausscheiden entfiele der Rechtsgrund des § 278. Ihm liegen nämlich folgende Gedanken zu grunde:

Der Schuldner darf Hülfspersonen heranziehen, ihm steht unter Ausschliessung aller übrigen Interessenten das Recht zu, über die Annahme solcher Leute zu befinden. Als Preis für dieses willkürliche Bestimmungsrecht hat er aber alle nachteiligen Folgen

1) v. Leyden, a. a. O. S. 79.

dieser Substitution zu tragen. Dies erscheint gerecht und billig, weil nur er, kraft eigenen Willens über die Verwendung von Hülfspersonen zu befinden hat.[1]

Auch bei einer entsprechenden Anwendung eines Rechtssatzes darf sich der Rechtsgrund desselben nicht verändern. Das Willensmoment darf daher nicht ausscheiden.

Der Beschädigte hat daher die schuldhafte Mitwirkung oder Unterlassung nur derjenigen Personen zu vertreten, die mit seinem Wissen und Willen in eine Beziehung zu ihm oder seinen Rechtsgütern getreten sind, deren Art sogleich zu erörtern sein wird. Es scheiden aus: der Finder, der negotiorum gestor.[2]

Der Schulder „bedient" sich aller derjenigen „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit", die er an seinem

1) Vgl. Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, Berlin 1902, S. 33. (Die Haftung des Schuldners nach § 278 ist eine aus ökonomischen und psychologischen Gründen eintretende Erweiterung der bestehenden Verbindlichkeit. S 35: Es kommen für den Personenkreis aus § 278 nur solche in Betracht, die mit Wissen und Willen des Schuldners für ihn tätig werden)

2) Vgl. Asmis in Neumanns Jahrbuch S. 190 (Bem. 1b z. 278); ferner Entscheid. des Reichsgerichts v. 26. September 1903 (D. J. Zt. 1903, S. 5491 Nr. III): „Es ist richtig, dass Abs. 2 des § 254, und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, ein bestehendes Vertragsverhältnis (zwischen Beschädigtem und der Hilfsperson) voraussetzt."

Das RG. verneint diese Voraussetzung aber für das Seerecht: der Reeder müsse sich den Einwand gefallen lassen, seine Schiffsbesatzung haben in Ausübung ihrer Dienstverrichtung den Schaden mitverschuldet. Dies erscheint im Hinblick auf § 485 HGB., 3 Binnenschifffahrtsges. u. 735 Abs. 2 HGB. durchaus zutreffend.

Erfüllungswerke mitarbeiten lässt, durch die er die ihm obliegende Pflicht zur Leistung erfüllen lässt.

Es ist noch nicht allein entscheidend, ob er jemanden zur Mitarbeit verpflichtet hat, es kommt vielmehr darauf an, ob er ihn tatsächlich zur Mitarbeit herangezogen hat. Es genügt also noch nicht, dass ein Rechtsverhältnis wie Auftrag, Dienstvertrag, zwischen ihnen besteht. Engagiere ich z. B. jemanden als Geschäftsführer, erkenne aber nach Abschluss des Vertrages, dass er dieser Stellung nicht gewachsen ist, und beschäftige ihn nur als Schreiber, so „bediene" ich mich seiner nicht, wenn er ohne mein Wissen, ja sogar gegen meinen Willen, als Geschäftsführer auftritt und sich um Dinge kümmert, die nur diesen angehen. Er ist zwar verpflichtet, mir die Dienste eines Geschäftsführers zu leisten, ich könnte sie beanspruchen, aber ich mache von diesem Rechte keinen Gebrauch. Erst wenn er auf grund einer von mir erteilten Berechtigung zur Teilnahme an dem Erfüllungsgeschäft mitwirkt, bediene ich mich seiner.

Es ergiebt sich hieraus, dass § 278, und wie wir sahen auch § 254 Abs. 2, ein Vertragsverhältnis zwar voraussetzen, dass aber aus dem Bestehen eines solchen Vertragsverhältnisses noch nicht ohne weiteres folgt, dass die betr. Person auch eine Hülfsperson im Sinne der genannten Bestimmungen ist.

Ist es nun noch erforderlich, bei der entsprechenden Anwendung eine andere, sei es weitere oder engere Begrenzung des Personenkreises vorzunehmen? Wir verneinen diese Frage: Der Beschädigte haftet nur für

ein Verschulden derjenigen, deren er sich zur Erfüllung der ihm als Eigentümer, Rechtsinhaber nach Abs. 2 des § 254 obliegenden Pflichten bedient.[1]

Die Lösung ist damit jedoch noch nicht gefunden, denn es bleibt die Frage offen: welcher Personen bedient sich der Rechtsinhaber in dieser Beziehung? welche Personen zieht er zur Mitwirkung bei der Erfüllung seiner Pflichten heran?

Diese Frage ist in § 278 selbst nicht schwer zu beantworten. Dort handelt es sich um die Erfüllung bestehender, gewissermassen greifbarer Verbindlichkeiten. Die Quasiverbindlichkeiten des § 254 Abs. 2 treten dagegen erst ein, wenn einem Rechtsgut ein Schaden droht; Zeit ihres Eintritts, ihr Umfang sind unbestimmt und im voraus nicht bestimmbar. Wollte man nur diejenigen als Hülfspersonen gelten lassen, die der Beschädigte vor dem schädigenden Ereignis ausdrücklich mit der Erfüllung dieser Pflichten beauftragt hat, so würde man wohl selten Gelegenheit haben, den § 278

1) Vgl. Gottschalk, a. a. O. S. 122, v. Leyden, a. a. O. S. 80, ebenso Schollmeyer. Plancks (a. a. O. S. 26) Definition unterscheidet sich von der hier gegebenen nur in der Fassung. Er will den Beschädigten für ein Verschulden derjenigen haften lassen, deren er sich in der hier fraglichen Beziehung zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bedient.

Das mag an sich richtig sein; ob aber an der Hand dieser Definition sich im Einzelfalle eine sichere Lösung finden lässt, bezweifeln wir sehr. Denn es bleibt doch noch die Frage offen, wann sich der Beschädigte „in der hier fraglichen Beziehung" jemandes zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bedient. Das ist u. E. der schwierigste Punkt. Dass er in der Definition nicht zu umgehen ist, beweist die Unsicherheit, die in den Versuchen hervortritt, den Planckschen Begriff praktisch zu verwerten, besonders im Falle der imperitia medici. (Vor allem bei v. Leyden, Näheres unten.)

in der Praxis entsprechend anzuwenden. Es ist also das Kriterium zu suchen, welches zuverlässig anzeigt, dass der Beschädigte sich zur Erfüllung seiner Pflichten eines Andern bedient hat.[1]

Es ist davon auszugehen, dass die Beziehung der Hilfsperson zu dem verletzten Rechtsgut ergeben muss, ob der Inhaber des Gutes die ihm obliegenden Pflichten durch sie erfüllen lässt. Die Erfüllung der Pflicht seitens des Dritten muss eine naturale dieser vom Berechtigten selbst hergestellten oder geduldeten Beziehung zu dem Rechtsgute sein.

Der Umstand, dass ein Anderer zur Abwendung des Schadens u. s. w. verpflichtet ist, ist zwar nicht ohne Belang, aber nicht allein massgeblich. Das haben wir oben gezeigt.[2]

Cohn[3] ist der Ansicht, dass eine solche Beziehung vorliege, wenn jemand befugt sei, den Rechtsinhaber in Beziehung auf das ihm zustehende Recht oder Gut zu vertreten.

Ohne Erläuterung ist diese Begriffsbestimmung nicht recht verständlich.

Unter Vertretungsbefugnis in Beziehung auf einen Gegenstand versteht man die Befugnis, durch Willenserklärungen im Namen des Berechtigten Rechtswirkungen

---

1) Wir halten es für verfehlt, an diesem Punkte auf den Einzelfall zu verweisen, wie es Gottschalk — a. a. O. S. 120 — tut. Er meint: „Wer als Hilfsperson im Einzelfalle zu betrachten ist, kann sich nur aus dem der Beziehung des Schuldners zu grunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben."
Durch so allgemeine Andeutungen wird nichts gewonnen.

2) Abweichend Rehbein, Bem. zu § 254.

3) Cohn, a. a. O. S. 125.

in Beziehung auf diesen Gegenstand hervorzurufen. Das kann Cohn nicht gemeint haben. Er erläutert seine Worte leider nicht.

Aus seinen Beispielen glauben wir entnehmen zu dürfen, dass er den Begriff Vertretungsbefugnis in einem nichttechnischen Sinne verstanden wissen will, etwa so:

> Hilfsperson im Sinne des Abs. 2 ist derjenige, welcher befugt ist, den Berechtigten in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt oder Verfügungsgewalt über das Rechtsgut zu vertreten.

Wenn wir Cohns Auffassung hiermit treffen, so treten wir ihr bei.

Eine solche Befugnis zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt besteht nicht etwa in dem Recht, das Gut zu schützen. Dieses Recht hat Jedermann (§§ 227, 228 BGB). Wen aber der Berechtigte ermächtigt hat, tatsächlich über den Gegenstand zu verfügen, vor allem Anordnungen in Beziehung auf den Gegenstand zu treffen, der ist Vertreter des Berechtigten in unserem Sinne.

Die Befugnis braucht nicht ausdrücklich erteilt zu sein. Sie ist gegeben, wenn ich meine Sache in den Besitz eines Andern übergehen lasse, oder auch nur in dessen tatsächliche Gewalt (Besitzgehilfe) und er infolge dieser Veränderung allein in der Lage ist, über die Sache tatsächlich zu verfügen, sie zu schützen.

Der Besitz wird bei der Sache meistens entscheiden; es ist aber vorausgesetzt, dass der Besitz des Andern mit Wissen und Willen des Berechtigten besteht.

Es ist aus den Umständen zu entnehmen, wann diese Vertretungsbefugnis beginnt, wann sie endigt, es sei denn, dass sie ausdrücklich erteilt ist. Das möge

folgendes Beispiel erläutern: A. lässt das Dienstmädchen allein in der Wohnung zurück. Die Vertretungsbefugnis des Dienstmädchens beginnt in dem Zeitpunkte des Verlassens der Wohnung.

B., der im oberen Stockwerke wohnt, hat kurz nach dem Weggange des A. unterlassen, den Wasserhahn zu schliessen. Das Wasser dringt in die Wohnung des A. und beschädigt wertvolle Möbel. Das Dienstmädchen hat die Gefahr wohl bemerkt, aber untätig zugesehen. A. hat die schuldhafte Unterlassung des Dienstmädchens zu vertreten. Ist A. dagegen rechtzeitig zurückgekehrt und hat er durch zweckdienliche Massregeln versucht, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, so kann nunmehr aus dem untätigen Verhalten des Dienstmädchens ein Einwand gegen A. nicht hergeleitet werden.

Es ist aber zu unterscheiden zwischen Rechtsgütern, hinsichtlich deren die Übertragung einer solchen Vertretungsbefugnis möglich ist, und solchen, über welche die Verfügungsgewalt unübertragbar nur dem Inhaber selbst zusteht. Wir zählen zu den letzteren: Gesundheit, Freiheit, Leben, Ehre. Handelt es sich um die Verletzung eines solchen Rechtsgutes, so ist eine entsprechende Anwendung des § 278 schlechthin ausgeschlossen. Nur dem Inhaber dieser Güter steht die Befugnis zu, über sie zu verfügen; bei einigen (Leben, Gesundheit) steht sie ihm selbst noch nicht einmal zu. Er kann allerdings einen Andern verpflichten, Schaden von diesen Gütern abzuwenden. Aber dadurch ist die hier geforderte Beziehung zu dem Gute nicht hergestellt. Diese kann nicht hergestellt werden; denn der Be-

rechtigte oder der Herr dieser Güter ist nicht befugt, einen Andern zur Vertretung in Beziehung auf Leben, Gesundheit zu ermächtigen. Der Beschädigte haftet aus diesem Grunde nicht für Kunstfehler eines Arztes.[1]

1) v. Leyden will ebenfalls den Beschädigten für die Kunstfehler eines Arztes, in dessen Behandlung er sich begeben hat, nicht verantwortlich machen.

v. Leyden rechnet aber, entgegen der oben vertretenen Ansicht, den Arzt zu den Hilfspersonen, glaubt aber die Haftung des Beschädigten für ein Verschulden dieser Hilfsperson aus folgenden Gründen einschränken zu müssen: die Haftung für das Verschulden Dritter beruhe auf dem Gedanken, dass sich der Vertretene des Vertreters zu einer Verrichtung bediene, die er — an sich — selbst hätte ausführen können und die an und für sich jedem Normalmenschen möglich und bekannt sei. Dieser Rechtsgrund der Haftung für ein Verschulden Dritter falle aber fort, wenn man einen Arzt gebraucht, denn dessen Verrichtungen könne der Laie nicht ausführen.

Es gibt aber auch leichte Verletzungen, welche der Laie auch ohne besondere medizinische Kenntnisse selbst behandeln kann. Wie nun, wenn der Verletzte in einem solchen Falle allzu vorsichtig ist und sich in die Behandlung des Arztes begibt, und durch dessen fehlerhafte Behandlung der Zustand erheblich verschlimmert wird? Hier versagt v. Leydens Argumentation, es sei denn, dass er den Ängstlichen und Vorsichtigen seine übergrosse Diligenz obendrein noch durch Aberkennung oder Schmälerung des Schadensersatzes büssen lassen will.

Gottschalk (a. a. O. S. 123) meint, dass der Beschädigte nicht für den Kunstfehler des Arztes hafte, weil ihm die Handlungen nicht zugerechnet werden können, welche ein Sachkundiger auf Grund seiner Erfahrung vornimmt. Ein Kunstfehler, den der Arzt begehe, sei im Verhältnis zum Beschädigten ein ausserkontraktliches Verhalten. Wir halten diese Begründung nicht für richtig. Der Arzt steht zu dem Patienten in einem Werk-, oder Dienstvertragsverhältnis; begeht er Kunstfehler, so verletzt er die ihm obliegenden kontraktlichen Verpflichtungen: sein Verhalten ist nicht kontraktlich, aber nicht ausserkontraktlich, d. i. deliktisch, sondern nicht vertragsgemäss. Verletzung eines Vertrags wird nicht als ausserkontraktliches Verhalten angesehen.

Man wird uns folgenden Fall entgegenhalten:

Ein Verletzter begiebt sich in die Behandlung eines Kurpfuschers. Infolge der unsinnigen Behandlung, die ihm dieser angedeihen lässt, verschlimmert sich der Zustand erheblich.

Seinem Ersatzanspruch gegenüber ist natürlich ein Einwand aus § 254 zulässig, aber nicht aus dem Grunde, weil der Dritte, der Kurpfuscher, unterlassen hat, den Schaden abzuwenden, sondern weil der Verletzte selbst unterlassen hat, die Massregeln zu ergreifen, die ein verständiger Mensch in seiner Lage ergriffen hätte. Ein verständiger Mensch begibt sich eben nicht in die Behandlung eines Kurpfuschers.

Schuldausschliessungsgründe in der Person des Gehilfen.

Liegt ein Schuldausschliessungsgrund in der Person des Gehilfen, so fällt die Haftung des Beschädigten für dessen Mitwirkung bei Entstehung des Schadens weg; denn er haftet nur für ein Verschulden des Angestellten. Freilich wird in Fällen dieser Art sehr oft ihm persönlich Schuld beizumessen sein, in eligendo, oder custodiendo. Erst der Nachweis, dass ihn selbst kein Verschulden trifft, erhält ihm daher den vollen Ersatzanspruch.[1]

§ 7.

Einrede oder Einwendung aus § 254?

Einrede ist die Geltendmachung einer Tatsache, die geeignet ist, den an sich wirksamen zur Entstehung gelangten Anspruch des Gegners zu entkräften. Auf

1) Wie hier Cohn, a. a. O. S. 126. Gottschalk, a. a. O. S. 124.

grund der Einredetatsache ist der Schuldner berechtigt, die Erfüllung der ihm obliegenden Leistung zu verweigern. Es steht in seinem Ermessen, ob er dieses Recht geltend machen will.

Als die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechtes unterscheidet sich die Einrede von der Einwendung, d. i. das Vorbringen von Tatsachen, die den Ansdruch ipso iure tilgen oder seine Entstehung hemmen.

Die Einredetatsache darf nur berücksichtigt werden, wenn der Schuldner auf grund derselben die Leistung verweigert; der Anspruch bleibt demnach wirksam, wenngleich die Tatsache in die Erscheinung getreten und zur Kenntnis des Gerichts gelangt ist; erst die Verweigerung der Leistung seitens des zur Verweigerung Berechtigten führt die Entkräftung des Anspruchs herbei.

Ein rechtlich erheblicher Umstand ist demnach eine Einredetatsache, wenn der Anspruch noch wirksam ist, obwohl diese Tatsache vorliegt.

In § 254 heisst es: die Ersatzpflicht hängt von den Umständen ab. — —

Überwiegen also die dem Beschädigten ungünstigen Momente, so ist eine Ersatzpflicht nicht vorhanden. Lediglich von dem objektiven Tatbestande bezw. der Würdigung desselben seitens des Gerichts hängt es ab, ob dem Beschädigten der Schadensersatz zugebilligt wird. Das konkurrierende Verschulden des Beschädigten ist also von Amtswegen zu berücksichtigen,[1] sobald sich aus dem Vorgetragenen ergibt, dass der Beschädigte schuldhaft mitgewirkt hat. Vorausgesetzt ist natürlich,

1) Übereinstimmend Gottschalk S. 126 a. a. O.

dass die beweispflichtige Partei ihrer Beweispflicht genügt hat.

§ 846 BGB.

Der Einwand berührt an sich nur den Anspruch des Beschädigten selbst. Der Anspruch der Hinterbliebenen oder Unterhaltsberechtigten eines Getöteten aus 845, 844 ist rechtlich völlig selbständig und unabhängig von dem Anspruche, den der Beschädigte (bezw. Getötete) selbst hätte geltend machen können. In § 846 wird aber bestimmt, dass auch auf die Ansprüche dieser Personen aus den §§ 844, 845 die Vorschriften des § 254 Anwendung finden.

§ 8.

Die Beweislast.

Der Beklagte hat die Beweislast für das, was er zu seiner Verteidigung anführt.[1] Der Ersatzpflichtige hat daher zu beweisen, dass ein Fall des § 254 vorliegt.[2]

Dass die Geltendmachung des konkurrierenden Verschuldens nicht ein motiviertes Leugnen enthält, ist unzweifelhaft; denn der Ersatzpflichtige macht damit nicht etwa geltend, dass der an sich zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten sei. Von einer negativen Litiskontestation kann daher keine Rede sein.[3]

Die Verteilung der Beweislast in den Fällen des Abs. 2 bereitet grössere Schwierigkeiten:

---

1) Stölzel, Schulung, S. 49.

2) Vgl. Cohn, S. 130, von Leyden, a. a. O. S. 83, Gottschalk, a. a. O. S. 126.

3) Vgl. Cohn, v. Leyden, a. a. O.

Der Ersatzpflichtige hat zu beweisen, dass die Pflicht zum Handeln eingetreten war, also bezüglich der Anzeigepflicht, dass ein ungewöhnlich hoher Schaden drohte.

Hat er auch nachzuweisen, dass e r die Höhe des Schadens nicht kannte oder kennen musste? Es heisst zwar: negativa non sunt probanda. Trotzdem nehmen wir an, dass die Beweispflicht hierfür dem Ersatzpflichtigen obliegt. Nichtkenntnis der Höhe des Schadens auf Seiten des Angreifers ist eine Voraussetzung des Eintritts der Anzeigepflicht und zwar eine jeder anderen Voraussetzung gleichwertige; denn die Gesetzesworte sind nicht etwa so zu lesen: — — — dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, es sei denn, dass der Schuldner die Gefahr kannte oder kennen musste. Sondern nur die Unterlassung der Anzeige eines ungewöhnlich hohen Schadens, den der Schuldner nicht kannte oder kennen musste, ist pflichtwidrig. Dieses Moment gehört also zu den Umständen, die zur Substantiierung des Einwandes aus § 254, 2 vom Ersatzpflichtigen behauptet und von ihm bewiesen werden müssen.

Es bedarf keiner Erörterung, dass er auch nachzuweisen hat, dass der zu erwartende Schaden ein ungewöhnlich hoher war.

Die E r f ü l l u n g einer Pflicht hat derjenige zu beweisen, der mit ihr beschwert ist. Der Beschädigte hat also nach Geltendmachung des Einwandes aus § 254 Abs. 2 nachzuweisen, dass er alles Erforderliche

getan habe, oder wenn dies nicht der Fall ist, dass er ohne Schuld an der Erfüllung verhindert war.

Wird aus der schuldhaften Unterlassung eines Dritten ein Einwand hergeleitet, so hat der Ersatzpflichtige zu beweisen, dass der Dritte eine „Hülfsperson" war, dessen sich der Beschädigte bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediente.[1]

Dagegen liegt dem Beschädigten der Beweis dafür ob, dass ein Schuldausschliessungsgrund in der Person des Gehülfen vorgelegen habe.

Es ist oben auch schon gesagt worden, dass in solchen Fällen der Beschädigte weiter nachzuweisen hat, dass ihn selbst nicht culpa in eligendo oder custodiendo treffe. Dies rechtfertigt sich durch die Erwägung, dass jeder, der eine ihm obliegende Verrichtung durch einen andern ausführen lässt, die Substitution rechtfertigen muss, wenn der Gehülfe sich schuldhaft verhält, d. h. im Falle der Unzurechnungsfähigkeit desselben, wenn sein Verhalten bei einem Zurechnungsfähigen schuldhaft wäre.[2]

§ 9.

Die besonderen Bestimmungen des BGB. über konkurrierendes Verschulden.

Von dem konkurrierenden Verschulden des Beschädigten handeln ausser § 254 noch folgende Gesetzesstellen:

I. § 122: Die Schadensersatzpflicht desjenigen, der einen Vertrag wegen Irrtums anficht oder eine nicht

1) Vgl. Cohn, a. a. O. S. 131.
2) Vgl. Gottschalk, a. a. O. S. 124.

ernstlich gemeinte Willensklärung bona fide (§ 118) abgegeben hat, tritt nicht ein, wenn der Beschädigte (der Anfechtungsgegner, der andere Vertragsteil) den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte.

Ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 179, 307, 439, 460 und andere.

Es fragt sich, ob neben diesen Bestimmungen auch § 254 Anwendung finden kann. Mit Cohn[1] halten wir die Anwendbarkeit des § 254 Abs. 1 für ausgeschlossen.

§ 254 setzt Verschulden d. h. Voraussicht des Schadens oder Voraussehbarkeit desselben voraus. Den Schaden kann der Beschädigte in den Fällen des § 122 nur dann voraussehen, wenn er erkennt oder erkennen kann, dass der Vertrag, die Willenserklärung nichtig oder anfechtbar ist. Kann er aber dies erkennen, so tritt eine Ersatzpflicht überhaupt nicht ein. § 254,1 kann also nicht zur Anwendung kommen.

Dagegen kann Abs. 2 Anwendung finden.

Der Ersatzanspruch aus § 122 ist nämltch entstanden, wenn der Beschädigte zu der Zeit, als er auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertraute, den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit noch nicht kannte, oder kennen konnte. Erkennt er aber hinterher, nachdem er im Vertrauen auf die Gültigkeit gehandelt hat, die Nichtigkeit, so hat er die Pflicht, den Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder zu mindern. Abs. 2 findet im Falle der Unterlassung Anwendung. Er darf ferner den Schaden nicht vergrössern. Insoweit findet auch Abs. 1 Anwendung.

1) a. a. O. S. 407. Vgl. Gottschalk, a. a. O. S. 112 ff.

Das gleiche gilt für die übrigen, oben genannten Bestimmungen.

II. Nach § 701 hat der Gastwirt, der gewerbsmässig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen, den der Gast durch Verlust oder Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet, ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, oder ob er oder seine Angestellten den Schaden überhaupt verursacht haben. Diese sogenannte obligatio ex lege soll nicht eintreten, wenn der Schaden von dem Gaste verursacht ist.

Wenn jedoch der Gastwirt selbst oder seine Leute den Verlust oder die Beschädigung verursacht haben und der Gastwirt wegen Verletzung des Kontrakts oder Begehung einer unerlaubten Handlung (also nicht aus § 701, der eine Sondervorschrift enthält) ersatzpflichtig ist, so fällt die Ersatzpflicht des Wirtes bei einer schuldhaften Mitwirkung des Gastes nicht ohne weiteres fort, sondern es tritt gemäss § 254 die dort angeordnete Abwägung ein.[1]

III. Nach § 839, Abs. 3 tritt die Ersatzpflicht des Beamten wegen schuldhafter Verletzung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Abs. 3 handelt nur von einer Art der unterlassenen Abwendung des Schadens. Es ist zweifellos, dass der Gesetzgeber durch diese Bestimmung nicht etwa anordnen wollte, dass Amtsdelikten gegen-

1) Vgl. Matthiass, a. a. O. S. 550, Anm. 1.

über nur diese Art des konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten Rechtswirkungen erzeuge. Er regelt vielmehr nur die Folgen dieser Unterlassung abweichend von § 254.

Die Abweichung besteht darin, dass der Richter in diesem Falle nicht eine Abwägung der Umstände vornehmen darf. Der Verlust des Schadensersatzes ist die notwendige Folge dieser Unterlassung. § 839, Abs. 3 enthält also eine empfindliche Verschärfung des § 254; sie greift aber nur in diesem Falle Platz. In allen übrigen Fällen des konkurrierenden Verschuldens kommt nur § 254 zur Anwendung.[1]

§ 10.

§ 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871.

Es ist an sich nicht Aufgabe dieser Untersuchung, zu prüfen, welche Rechtswirkungen dem konkurrierenden Verschulden in anderen Reichsgesetzen beigelegt werden. Wir sehen uns jedoch veranlasst, auf den § 1 des oben genannten Gesetzes näher einzugehen, da über sein Verhältnis zu § 254 BGB. Zweifel bestehen.

§ 1 des Reichshaftpflichtgesetzes lautet:

„Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist."

1) Wie hier Cohn, a. a. O. S. 399.

Beweist demnach der Unternehmer, dass der Unfall durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht ist, so ist der Verletzte mit seinem Anspruch ohne weiteres abzuweisen; für eine Abwägung, wie sie § 254 vorschreibt, ist hier kein Raum. Denkt man nur an den Fall der Alleinverursachung seitens des Beschädigten, so wird diese Bestimmung nicht auffällig und rigoros erscheinen. Allein der Begriff „verursachen„ umfasst auch ein blosses Mitwirken, Mitverursachen, und es fragt sich, ob derjenige, der im Betriebe einer Eisenbahn verletzt ist, ohne weiteres seinen Anspruch verliert, wenn er nur mitgewirkt hat und sein Anteil an der Verursachung nur gering ist. Wir denken dabei besonders an Fälle folgender Art:

Als ein Zug sich eben in Bewegung setzt, versucht ein Passagier den Zug zu besteigen. Ein Eisenbahnbeamter reisst ihn zurück. Er kommt dadurch zu Falle und gerät unter die Räder des Zuges. Nach Lage der Sache war mit Bestimmtheit anzunehmen, dass der Mann nicht verunglückt wäre, wenn der Beamte nicht eingegriffen hätte.

Ein „eigenes Verschulden" des Verletzten liegt zweifellos vor. Der Angestellte der Eisenbahngesellschaft hat aber ebenso zweifellos vorwiegend den Erfolg verursacht; sein Verschulden ist grösser.

Nach § 254 kann der Fall nicht entschieden werden. § 1 des Haftpflichtgesetzes lässt aber eine Abwägung nicht zu, folglich würde die Haftung des Unternehmers wegfallen, da der Verletzte den Unfall verursacht, wenn auch nur mitverursacht hat. Diese Entscheidung würde mit Recht befremden; wir halten

sie auch für unrichtig: im Falle überwiegender Verursachung seitens der Bahn bezw. eines ihrer Angestellten oder grösseren Verschuldens derselben muss es bei der Haftung des Unternehmers verbleiben.

§ 254 ist allerdings weder direkt noch entsprechend anzuwenden; denn in Art. 42 des EG. zum BGB. ist eine entsprechende Anwendung des § 254: nicht vorgesehen; § 1 des Haftpflichtgesetzes ist vielmehr nur aus sich selbst zu interpretieren. Trotzdem nimmt Eger [1] an, dass der Grundsatz des § 254 die Umstände, insbesondere die vorwiegende Verursachung des einen oder anderen Teils sollen entscheiden, auch in das Haftpflichtgesetz übernommen werden müsse. „In anbetracht der ratio legis und des humanen Zweckes des Gesetzes werde man in der Annahme nicht fehlgehen, dass das schwerwiegendere Verschulden den Ausschlag gebe.“ [2] Dem ist beizutreten.

Der Zweck des Gesetzes ist, den Verkehr gegen die Gefahren des Eisenbahnbetriebes in erhöhtem Masse dadurch zu schützen, dass es die Verpflichtung zum Ersatze des im Betriebe entstandenen Schadens dem Unternehmer als eine obligatio ex lege auferlegt. Dieser Schutz soll zwar nicht eintreten, wenn der Verletzte den Unfall schuldhaft verursacht hat. Ihn aber auch verweigern, wenn dem Verletzten nur geringe Mitverschuldung zur Last fällt und auf Seiten der Bahn vorwiegend verursacht ist, hiesse, den Verkehr dieses Schutzes, berauben. Denn er würde gegen die Gefahren

1) Eger, das Reichshaftpflichtgesetz, S. 161.
2) Eger, ebenda.

des Eisenbahnbetriebes ebensowenig geschützt sein, als wenn dieses Gesetz nicht bestände.

Die Würdigung der ratio legis führt vielmehr zu folgendem Resultat: Bei schuldhafter Verursachung des Unfalls seitens des Verletzten fällt die Haftpflicht des Unternehmers fort; denn ein solcher selbstverschuldeter Unfall ist nicht zurückzuführen auf die besonderen Gefahren, die der Eisenbahnbetrieb mit sich bringt: der Verletzte selbst hat sie schuldhaft auf sich gelenkt. Anders wenn auf Seiten der Bahn das grössere Verschulden liegt. Es würde dem Zwecke dieses Schutzgesetzes nicht entsprechen, wenn man in einem solchen Falle dem Verletzten den Schutz des § 1 nicht zubilligen würde.[1]

§ 11.

Sachliche, zeitliche und örtliche Beschränkung der Anwendung des § 254.[2]

Nach Art. 55 des Einf.-Ges. zum BGB. treten die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze ausser

1) Im Resultat, nicht in der Begründung übereinstimmend Entsch. d. RG. v. 24. Novemb. 1902 (Bd. 53, S. 75): die Neuredaktion einer Anzahl von Reichsgesetzen im Einf. Ges. zum BGB., darunter auch die in Art. 42 vorgenommene des R. Haftpfl. Ges. hat den ausgesprochenen Zweck, die Vorschriften dieses Gesetzes mit denen des BGB. in Einklang zu bringen, sodass nunmehr dass neue Recht zusammen mit dem bisherigen Reichsrecht als eine einheitliche Kodifikation sich darstellt. Daraus ergibt sich aber, dass die allgemeinen Vorschriften des BGB. auch die in den Einzelngesetzen geregelten Rechtsmaterien erfassen, soweit nicht Zweck und gesetzgeberische Gedanken der letzteren entgegenstehen, was hier (§ 1 d. HGB.) nicht nur nicht der Fall ist, sondern grade hier zur förderlichen Ergänzung angebracht und von der Rechtsprechung auch stets so gehandhabt ist."

2) Wir fügen dieses Schlusskapitel an, um zu einigen von

Kraft, soweit nicht im BGB. oder im Einführungsgesetze ein anderes bestimmt ist.

Wird demnach die Regelung einer Materie der Landesgesetzgebung überlassen, so muss sich aus dem Vorbehalte zu gunsten derselben ergeben, inwieweit die Materie ihr vorbehalten ist, insbesondere ob sie auf diesem Gebiete auch allgemeine Vorschriften des BGB. wie die über die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens, abändern darf und abweichende Bestimmungen erhalten bleiben.

Es ist daher möglich, dass auf dem Gebiete der vorbehaltenen Materien die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens sich nach Landesrecht, abweichend von § 254 BGB. bestimmen.

Cohn[1] prüft daraufhin den Art. 95 EG., welcher lautet: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören. Dies gilt insbesondere auch von den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht desjenigen, welcher Gesinde zum widerrechtlichen Verlassen des Dienstes verleitet oder in Kenntnis eines noch bestehenden Gesindeverhältnisses in Dienst nimmt oder ein unrichtiges Dienstzeugnis erteilt.

Die Vorschriften der §§ 104 bis 115, 131, 278, 617 bis 619, 624, 831, des § 840 Abs. 2 und 1358 finden Anwendung — — —

§ 254 ist unter diesen Paragraphen nicht angeführt. Trotzdem meint Cohn, dass die hier in betracht

Cohn in seinen Untersuchungen aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen, bedienen uns daher derselben Überschrift, wenngleich von der sachlichen Beschränkung auch in anderen Kapiteln schon gehandelt ist.

1) Cohn, a. a. O. S. 425.

kommenden Bestimmungen der preuss. Gesindeordnung vom Jahre 1810 nicht mehr in Geltung bleiben; denn nur die Schadensersatzpflicht dessen, der Gesinde zum Verlassen des Dienstes verleite u. s. w. sei aufrecht erhalten. Was als Schadensersatz zu leisten sei, bestimme sich nach dem BGB.

Wir sind anderer Ansicht.

Aufrecht erhalten sind „die landesrechtlichen Vorschriften" über die Schadensersatzpflicht, also insbesondere darüber, wann eine Schadensersatzpflicht eintritt, ob und unter welchen Voraussetzungen die Ersatzpflicht wegen konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten wegfällt.

Derartige Bestimmungen gehören doch offenbar zu „den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht".

II. Nach Art. 170 des EG. bleiben für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkraftreten des BGB. entstanden ist, die bisherigen Gesetze massgebend.

Wir können auf die Frage, in welchem Zeitpunkte ein Schuldverhältnis als entstanden anzusehen ist, nicht eingehen.

Ist die unerlaubte Handlung vor 1900 begangen, ist der Vertrag, wegen dessen Nichterfüllung Schadensersatz verlangt wird, vor 1900 zu stande gekommen, so sind die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens nach dem alten Rechte zu bestimmen.

III. Es ist ferner nicht unsere Aufgabe, die Regeln des internationalen Privatrechts an dieser Stelle zu entwickeln. § 254 findet nur dann Anwendung, wenn der Schadensersatzanspruch des Beschädigten nach deutschem Rechte zu beurteilen ist.

Cohn[1] macht auf eine wichtige Ausnahme von dieser Regel aufmerksam.

Nach Art. 12 des EG. können aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.

Wenn das Recht des fremden Staates eine dem § 254 entsprechende Bestimmung nicht enthält, so ist nach dem fremden Rechte der Anspruch des Beschädigten vollwirksam, wenngleich er bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, während ihm das deutsche Recht in diesem Falle die Restitution ganz oder zum Teil verweigert. Die Stellung des Schuldners wäre nach dem fremden Rechte ungünstiger, der Anspruch daher nach diesem Rechte weitergehend, als nach deutschem Recht begründet ist. (Cohn).

Wird also wegen einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen im Inlande ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht, so hat der Richter zu prüfen, ob die Bestimmungen des an sich anzuwendenden fremden Rechts über konkurrierendes Verschulden nicht für den Beschädiger ungünstiger sind als die entsprechenden Bestimmungen des § 254; enthält das fremde Recht keine Bestimmungen darüber oder sind sie ungünstiger, so kommt § 254 zur Anwendung.

1) Cohn, a. a. O. S. 423.